



**CUESTIONAMIENTO A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO EN ADULTOS  
MAYORES**

**“LEGITIMIDAD DEL CERTIFICADO DE LUCIDEZ”**

**¿LEGALIDAD O VULNERACION DE DERECHOS?**

.....

**Memoria de tesis**

Autores:

Jennifer Díaz Berrios

Jessica Yáñez Aliaga

Profesor guía:

Julio Navarro.

Santiago de Chile, diciembre de 2023.

## **Agradecimientos**

*A mis hijos, por entenderme en cada proceso de sus vidas en que no pude estar con ellos, porque sabían que era por un bien mayor y que me encontraba en la misma situación estudiantil que ellos.*

*A mi madre y a Dios, que están en el cielo ayudándome en todo este proceso y me dieron las fuerzas para cumplir esta meta, pese a haber sufrido mediante este duro caminar la pérdida de mi gran amiga y madre Susana, que siempre la tendré en mi corazón y mente.*

*A mis suegros, por confiar en mí, y siempre darme ese apoyo moral que me faltó por la pérdida de mi madre.*

*Y especialmente a mi amado cónyuge Braulio, que, pese a todas las adversidades de la vida, él siempre ha estado como mi brazo fuerte sosteniéndome y dándome el impulso de seguir adelante, confiando en mis capacidades incluso más que yo misma, alentándome a poder llegar a este fin y lograr esta tan ansiada meta. ( J.D.B )*

*Esta tesis se la dedico ante todo a Nuestro Señor Jesucristo, que es quien me acompañó ante todo este camino desde el inicio de mi carrera profesional hasta el quinto año de Derecho, que abrió las puertas e hizo posible poder conseguir los logros que he construido con sacrificio y mayor responsabilidad, y que siempre ha sido y es mi guía en cada proceso de mi vida.*

*A la vez; se la dedico a mi marido Carlos Antonio Piturra Salazar, porque ha sido durante todo este tiempo el motor fundamental y sobre todo la razón de anhelar conseguir con más ambición todos estos anhelos logrados, es quien toleró mis ausencias en distintos momentos familiares en estos cinco años, con harta paciencia, mucha voluntad y mucho amor, fue y es para mí un apoyo incondicional.*

*No puedo dejar de nombrar a mis niños Jessenia, Jessabeth y mi menor hijo Benjamín, quienes toleraron, la falta de mamá en algunos momentos en este proceso, pero que me brindaron mucha comprensión y me acompañaron fielmente hasta el final, y poder mirarlos a los ojos y decirles que “lo logre” y que valió la pena.*

*La dedico también a mis padres Juan Yáñez y Beatriz Campusano, que, aunque estamos lejos de forma mutua, siempre han estado presentes en mi mente, en mi corazón y en cada día de mi vida, ellos han sido mi gran amuleto para seguir sin detenerme, más aún debo decir que esta tesis va referida a los adultos mayores y que ellos ya están esa etapa de la vida, que mediante este logró sientan orgullo al decirme que “todo se puede y que los límites se los pone uno misma”. ( J.P.Y.A.)*

*Agradecemos a nuestro Profesor guía, Julio Navarro que estuvo presente en cada parte de esta tesis, guiándonos en cada detalle e indicaciones para aplicar y poder abordarlo conforme a derecho en todas sus recomendaciones, y no puedo dejar de mencionar que él es parte de este proyecto.*

*Y concluyó diciendo que: “Pacientemente espere a Jehová, y se inclinó a mí, y oyó mi clamor” (Salmos 40:1).*

*Gracias.*

# INDICE

I.- RESUMEN .....	7
II.- INTRODUCCIÓN .....	8
III.- JUSTIFICACIÓN.....	10
IV.- PLANTEAMIENTO HISTÓRICO DEL PROBLEMA .....	11
V.- OBJETIVOS .....	14
1.- Objetivo General .....	14
2.- Objetivos Específicos.....	14
VI.- HIPÓTESIS .....	14
Pregunta de Investigación .....	15
VII.- ORIGEN DE PERSONA, PERSONALIDAD Y CAPACIDAD .....	15
1.- Definición de Persona y Relación con la Capacidad .....	17
2.- Principio de la Autonomía de la Voluntad en los Adultos Mayores .....	20
3.- Normativa Nacional e Internacional.....	22
VIII.- TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ADULTO MAYOR .....	27
1.- Noción de Capacidad Jurídica en el Derecho Civil Chileno.....	31
2.- Concepto Doctrinario legal de Demencia.....	32
3.- Autonomía de los Adultos Mayores y Deficiencias en el Código Civil.....	33
IX.- PRESUNCIONES DE INCAPACIDAD EN EL ADULTO MAYOR E INTERDICCION.....	36
1.- La Capacidad.....	37
1.1.- La Demencia .....	39

1.2.- El Impúber .....	40
1.3.- Los Sordos o Sordomudos .....	41
2.-La Interdicción .....	41
2.1.- Definición .....	41
2.2.- Incapacidad Relativa Artículo 1447 del Código Civil; Inciso 3: .....	41
2.3.- El Representante Legal .....	42
X.- INCAPACIDAD O INCAPACITACIÓN.....	45
1.- Concepto de Persona Mayor Según el SENAMA .....	45
2.- Capacidad y Adulto Mayor: Presunciones de Incapacidad.....	45
XI.- PLANTEAMIENTO DE LA ASOCIACIÓN DE NOTARIOS .....	47
1.- La Tutela Contractual del Adulto Mayor.....	49
2.- De la Certificación de Lucidez Para Efectos Notariales.....	52
2.1.- Carta Enviada al Diario El Mercurio de Santiago .....	52
2.2.- El Adulto Mayor Autovalente. ....	53
2.3.- Estado de Lucidez .....	53
3.- Los Auxiliares de la Administración de Justicia .....	54
Los Notarios.....	54
XII.- PREGUNTAS ACERCA DE LA PETICIÓN DEL CERTIFICADO POR PARTE DE LOS NOTARIOS .....	55
1.- ¿Existe norma expresa y específica que faculte al notario para solicitar a un sujeto que le demuestre que es lúcido? .....	55

2.- ¿Qué efectos puede producir tal declaración con respecto al acto jurídico en cuya virtud se le ha solicitado intervenir?.....	56
3.- ¿Qué normas pudieren servir de sostén a la solicitud de parte del notario? .....	57
4.- ¿Cuál es la finalidad perseguida por el notario al exigir el mentado certificado de lucidez? ..	58
5.- ¿Cuáles son los actos en que el notario podría solicitar la certificación de lucidez? .....	59
6.- ¿Cuál es la Regla de la Analogía?.....	59
XIII.- PETICIÓN DE CERTIFICADO DE LUCIDEZ: “UNA AGRECIÓN A LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES” (CASO REAL) INFORMACION RECOGIDA POR CARMEN GARRETÓN .....	59
XIV.- COMISIÓN DE ADULTO MAYOR Y DISCAPACIDAD COMIENZA ESTUDIO DE PROYECTO QUE PONDRÍA FIN A LA SOLICITUD DE CERTIFICADO DE LUCIDEZ.....	61
XV.- DERECHO COMPARADO .....	62
1.- Perú .....	62
2.- Colombia .....	63
3.- Argentina.....	65
XVI.- CERTIFICADO MÉDICO DE LUCIDEZ.....	68
Jurisprudencia .....	70
Primer Caso .....	70
Segundo Caso .....	72
XVII.- PROMULGA LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES .....	75
XVIII.- ANALISIS DE LA INTERDICCIÓN EN ADULTOS MAYORES EN CHILE .....	77

1.- El Disipador.....	81
2.- Interdicción por Disipación.....	81
3.- El Disipador ante las Entidades Públicas .....	82
4.- Actos ante el Registro Conservatorio con Interdicción .....	83
5.- Planteamiento Procesal de la Concurrencia de la Interdicción por Disipación .....	84
6.- Diferencias entre el Disipador y el Demente.....	84
1º) La Interdicción Produce Diferentes Efectos .....	84
2º) La Incapacidad es Distinta .....	85
3º) Hay más Personas Habilitadas para Pedir la Interdicción del Demente que del Disipador. 85	
4º) Las Personas Llamadas a Ejercer la Guarda son Diferentes.....	85
5º) La Demencia y la Prodigalidad se Prueban de Distinta Manera .....	86
6º) El Disipador Conserva Cierta Autonomía Incluso Patrimonial.....	86
7º) El Disipador no ve Restringida su Libertad Personal .....	87
8º) El Disipador Tiene una Mayor Autonomía Jurídica .....	87
XIX.- CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	88
REFERENCIAS.....	91

## I.- RESUMEN

La presente investigación se concreta a través de un análisis a la ancianidad, desde el punto de vista del derecho civil, y sobre todo en aquella discriminación que sufren los adultos mayores desde su capacidad, en que los notarios públicos por regla general, les solicitan un certificado de lucidez para medir su capacidad al momento de celebrar contratos.

El punto neurálgico de este ensayo es en la mayoría de edad que es la etapa de la ancianidad, ya que en Chile la mayor atención se centra en aquella protección que le entregan las políticas públicas, pero data una despreocupación tremenda respecto al adulto mayor desde la mirada como sujetos de derechos. Ya que desde la capacidad es demasiado limitada avasallando con sus derechos y sin tener respeto a sus propios derechos individuales como personas.

Para la obtención de los resultados se estructuró, a través de distintos casos de jurisprudencia, aplicada por los tribunales de justicia, esta mirada de nuestra legislación y sus derechos de los ancianos, como tema principal que es la capacidad.

Por otro lado, la problemática estudiada, son aquellas normativas legales que regulan, la demencia, esta regulación del código civil destaca la forma en que se intenta lograr que en la etapa de la ancianidad tengan una mayor autonomía, en que por un lado se protege más al adulto mayor, pero que de alguna manera se les hace notar ante la sociedad la disminución de su capacidad, y en que según los notarios suelen medir, con un certificado de lucidez.

**Palabras clave:** ancianidad, personas mayores adultas, derechos, capacidad, incapacidad o discapacidad.

## II.- INTRODUCCIÓN

Nuestro código civil actual en el artículo 1446 señala “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”, así observamos que la capacidad de hecho está inspirado en el derecho romano, que debía declararse la incapacidad y no se era incapaz desde el inicio de la persona como tal.

Lo fundamental y relevante en este ensayo, es analizar aquella capacidad o incapacidad en la ancianidad, por ello abordaremos la palabra persona, como sujeto de deberes y derechos dentro de la sociedad, y compararemos la división que se hacía en el derecho romano, entre personas libres y esclavos, y este tema en relación con la capacidad de la cual gozaba cada distinción de personas que se hacía en Roma, pues no gozaban de los mismos derechos, por tener diferentes tipos de capacidades de acuerdo con el estatus en la sociedad.

El artículo 55 de nuestro Código Civil, nos da la definición de persona, y en el artículo 1446 en cuanto a los contratos claramente se remite a la capacidad, pero como podemos ver, la señala en cuanto al derecho privado, por tanto el libro IV trata de las obligaciones en general y de los contratos, sabiendo también, que nuestro código civil tiene una larga data, por cuanto Don Andrés Bello no pudo prever la evolución del término “capacidad” en relación a la actualidad, pues está muy vinculada a los derechos humanos, junto a esta afirmación hay tratados que hablan respecto a este tema y lo abordan desde una perspectiva muy ligada al derecho de existir, o más bien “ser persona”.

Observamos como los Estados han evolucionado en cuanto a los derechos humanos, tratando a la persona como un ente libre, con igualdad entre sus pares, con dignidad y derechos para que participen de manera igualitaria en la vida en sociedad.

Para poder analizar a cabalidad la capacidad, tendremos que adentrarnos también en la incapacidad, pues nuestro código civil nos otorga casos puntuales de incapacidad, pues primero nos señala que toda persona es capaz a excepción de algunos casos expresamente señalados en la ley, y es en virtud de la capacidad en

el adulto mayor que este estudio se centra, analizando las presunciones de incapacidad e interdicción en este grupo etario.

A través de los años surge una problemática, en cuanto a las atribuciones de los notarios, pues se ha sabido que algunos están solicitando un certificado de lucidez para que personas de edad avanzada puedan acceder a sus servicios, medida que es muy criticada, pues si lo miramos desde un punto de vista objetivo se puede considerar como una medida discriminatoria, pero a su vez, a contrario sensu, el punto de vista de estas entidades es el de proteger el patrimonio de estas personas que podrían no estar en su plena capacidad de ejercicio para poder realizar ciertos actos perjudiciales para el patrimonio de estos.

Y esto nos conlleva a una distinción, en cuanto a aquellas facultades que tienen estas entidades, como lo son los notarios, y si esta medida es legal y eficaz y procedente ante una situación que podría perjudicar a la persona solicitante, o bien exceden en sus facultades, cometiendo actos discriminatorios

Por lo tanto; debemos entender si es legalmente aceptable que a las personas de tercera edad se les exija un certificado de lucidez al ejercer su capacidad de ejercicio ante una entidad pública, sin que haya de por medio un acto discriminatorio por parte de estas instituciones.

Como antecedente de esta investigación, abordaremos aquella capacidad de ejercicio de los derechos del adulto mayor, ya que este tema en el derecho chileno en los últimos años ha sido objeto de notorios cambios, tanto en sus modificaciones que han generado grandes disputas ideológicas, como también respecto de los derechos de la personalidad. Para ello es necesario adentrarnos en el derecho romano puesto que nuestro código civil está inspirado desde esos tiempos en muchas instituciones actualmente, como lo son en relación a la persona y la capacidad que es el foco principalmente en este ensayo.

### **III.- JUSTIFICACIÓN**

La concepción del ser humano como un ente racional, se concreta a partir de la primera mitad del siglo XX, que lo concibe como un ser libre y pensante, no tan solo como un “animal racional”, Pues este se trata de un ser libre, con un proyecto de existencia y fabricar su propio ser.

El derecho es la libertad de que cada uno pueda desarrollarse en base a su propio querer en un proyecto de vida, participando del bien común dentro de la sociedad, por eso el derecho como instrumento es creado para que el ser humano pueda realizarse como persona, amparándolo en múltiples ámbitos de la vida cotidiana.

La libertad señalada, hace que el ser humano sea único, singular, particular, y por esto poseedor en sí mismo de dignidad, y a su vez esta libertad lo hace ser responsable de sus actos y su conducta.

Con relación a la incapacidad, es donde nace una nueva figura proteccionista, cuya función es la de apoyar al sujeto privado total o parcialmente de su autonomía, como una forma de tutela hacia los más débiles en las relaciones jurídicas, para que haya una personalización de intervención autorizada por un juez.

Resulta apropiado investigar la forma en que estos cambios han sufrido en su evolución normativa, como respecto de aquella forma en que se mide la capacidad de ejercicio del adulto mayor para fines legales, pues de cierta manera son los mismos entes públicos quienes discriminan a los ancianos, exigiéndoles un certificado de lucidez para poder celebrar contratos, y poder preguntarnos si es legítima esta conducta de aquellos que requieren este certificado de lucidez, aplicando en cierto modo una discriminación, una ilegalidad o una vulneración de derechos individuales.

#### **IV.- PLANTEAMIENTO HISTÓRICO DEL PROBLEMA**

En Roma eran sujetos de derecho todas las personas que podían tener derechos y ejercerlos, consecuentemente eran los dotados de capacidad jurídica, y estos debían de tener dos requisitos, los cuales eran la capacidad de derecho o de goce, que consistía en que debía tener tres elementos, que eran “el status libertatis”, “el status civitatis” y “el status familiae”. Por otro lado, el segundo requisito era tener capacidad de hecho o de ejercicio, que consistía en el conjunto de condiciones requeridas por la ley para ejercitar los derechos de que es titular y la capacidad de hecho se determinaba por vía de excepción, es decir, por las incapacidades.

La palabra persona en Roma hace alusión al sujeto de las relaciones jurídicas, entre sus derechos y deberes, y se dividen en dos tipos, las personas físicas, que son las que presentan signos característicos de la humanidad, y a su vez se subclasifica en personas libres y esclavos, los cuales estos últimos se consideraban como cosa patrimonial, aunque en sí mismo tuviesen signos característicos de humanidad, y por otro lado las personas jurídicas, que son entes ideales a los cuales se les reconoce la capacidad de derecho, pero no así la capacidad de hecho, pues debían actuar por representación jurídica.

En cuanto a las limitaciones de la capacidad de derecho o de goce, podemos decir que estaba limitada a las clases sociales, pues los patricios eran los que disfrutaban de todos los derechos, siendo estos la clase social de más alto status social, luego se encontraban los plebeyos, que tenían derechos limitados, a modo de ejemplo los plebeyos no podían casarse con los patricios, por ser de distinta clase social, en cuanto a este punto podemos darnos cuenta que el derecho ha ido evolucionando en cuanto al rechazo en todas sus formas de la discriminación, habiendo tratados de por medio, para poder integrar al ser humano como iguales ante la sociedad.

En cuanto a las limitaciones de la capacidad de ejercicio en Roma, podemos señalar que no todos tenían plena capacidad, como se expuso anteriormente, un punto importante a considerar es el sexo, pues la mujer se hallaba bajo tutela completa si era menor bajo la potestad del pater familias, y si se casaba quedaba bajo la

potestad de su esposo, y por ultimo si esta era sui iuris, es decir, de propio derecho o con capacidad para manejar sus propios asuntos también eran limitados sus derechos tanto en el área publica como en la privada, por tanto se veía limitada solo por el hecho de ser mujer.

Otra limitación eran las enfermedades, por la ley de las XII tablas se señalaba que se debía designar a un curador para aquellas personas que sufrían de enajenación mental, y también para los sordos y mudos, por consiguiente, también eran limitados en cuanto a la capacidad de obrar o de ejercicio.

También otra limitación era la prodigalidad, que es aquella que se requería de un curador cuando uno de los miembros del pater familias era despilfarrador de sus bienes y los de su familia, y esta situación debía ser declarada por el magistrado como para su cesión se justificaba la reforma o rehabilitación del hijo prodigo.

Otra limitación muy importante al tema atinente, era la edad, y que también era la que más influía en la capacidad de obrar o de ejercicio, se hacía distinción a los infantes que eran los menores de 7 años y no podían ejercitar ningún derecho, también los impúber que era el varón menor de 14 años y la mujer de 12 años que tampoco podían ejercitar ningún derecho por sí mismo, y por último el menor, que era el púber que había alcanzado la edad de 14 años en varón y 12 años en mujer, en este caso el varón tenía plena capacidad de obrar y disponer de su patrimonio si es que era sui iuris, pero debido a constantes engaños en sus negocio a estos se encontró que era conveniente nombrarles un curador a todos los varones mayores de 14 y menores de 25 años.

En cuanto a la extinción de la capacidad, esta se extinguía por el fin de la existencia, la cual podía ser por dos causas, primero, por la muerte física, y segundo por la esclavitud, que era la muerte civil del individuo, el cual era despojado de toda personalidad, extinguiéndose sus derechos civiles y políticos, pasando a la condición de cosa.

La tercera edad en nuestra vida es una etapa de las más importantes de los individuos, junto con la capacidad de cada persona para ejercer sus derechos y

aquellas políticas públicas en que les brindan la adecuada protección a los adultos mayores.

Esto deriva en una serie de factores y problemáticas que se presentan en aquellas normas que regulan la capacidad o incapacidad que afectan la salud física y mental de las personas adultas.

Considerando estos elementos, la presente investigación tiene como propósito el profundizar esta problemática, y la discriminación que sufren nuestros adultos mayores, en que le imponen exigencias para celebrar contratos, y que, para poder contraer estos actos jurídicos, deben mostrar un certificado de lucidez, aun siendo plenamente capaces.

## V.- OBJETIVOS

### 1.- Objetivo General

Determinar, si hay otras incapacidades distintas a las mencionadas en la ley, en que los médicos otorgan la facultad a través de un certificado de lucidez, para saber quién es capaz y quién no.

### 2.- Objetivos Específicos

- Objetivo específico 1: Comprobar si el adulto mayor no puede ejercer sus derechos para celebrar contratos y si el adulto mayor se ha visto vulnerado con esta discriminación.
- Objetivo específico 2: Investigar cuales son aquellos principios que se están vulnerando a los mayores de 70 años, artículo 1446 del Código Civil, “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.”
- Objetivo específico 3: Investigar si existe regulación normativa que habilite a los notarios para exigir el certificado de lucidez, o si lo solicitan por mera liberalidad en uso de sus facultades.
- Objetivo específico 4: Investigar si existe una regulación normativa, en el código civil respecto de la capacidad para ejercer sus derechos el adulto mayor, sin necesidad de un certificado de lucidez, para celebrar contratos.

## VI.- HIPÓTESIS

Se está creando por la vía de la práctica, causales de incapacidades a mayores de 70 años que no existen en la ley y que necesariamente deben estar descritas en la ley, **artículo 1446 del Código Civil**, “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”.

En la carga de la prueba, que al supuesto incapaz se le carga la prueba y es él que debe probar que es capaz, y lo debe probar mediante el certificado médico que señala que esta lucido, estos actos cometidos por malas prácticas de un funcionario público, y no por ley.

El que debe probar esta lucidez, ¿es aquel que se le imputa que es incapaz?, y estas incapacidades que son de derecho estricto y que solo son incapaces mediante ley.

La carga de la prueba no podría ser de él, sino de aquel que alega que es incapaz, porque la regla general es que todos somos capaces a menos que se pruebe lo contrario.

### **Pregunta de Investigación**

Cuestionamiento a la capacidad de ejercicio en adultos mayores.

“Legitimidad del certificado de lucidez” ¿Legalidad o vulneración de derechos?

## **VII.- ORIGEN DE PERSONA, PERSONALIDAD Y CAPACIDAD**

Siendo la libertad una, podemos distinguirla en dos fases, la primera llamada libertad ontológica, siendo esta nuestra esencia espiritual, y por otro lado tenemos la segunda, llamada libertad fenoménica, que es la cual se manifiesta al mundo por medio de actos o conductas. A saber, la libertad ontológica, siendo de la esencia del ser humano dentro de su fuero interno, que es la esencia espiritual, es absoluta y solo se pierde con la muerte física de la persona. A diferencia de la libertad fenoménica, que se exterioriza a través de actos y conductas del ser humano, y estos dos tipos de libertades nos lleva a determinar que la persona tenga un proyecto de vida.

Luego en la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX, aparece una nueva concepción integral, totalizadora, unitaria y cabal del derecho llamada “La teoría tridimensional del derecho” como señalan Agurto González y Díaz. (2018) “Este planteamiento supone dejar de lado las posturas que contemplaban al

Derecho como una yuxtaposición estática de tres dimensiones, como son la vida humana social, los valores y las normas jurídicas, para mostrar la manera dinámica como ellas se interrelacionan a fin de ofrecer, al interactuar, un concepto unitario.” (pág.240).

Esta concepción tridimensional, nos permite profundizar de una manera más amplia la naturaleza del ser humano, no tan solo como un ser racional, sino fundamentalmente como un ser libre, y con este conocimiento, podemos distinguir lo que es el derecho.

Este tridimensionalismo es de origen latinoamericano, y no puede concebirse sin los tres elementos fundamentales interrelacionados entre sí que lo componen, los cuales son: vida humana, valores y normas jurídicas, elementos que son imprescindibles para el entendimiento y comprensión de lo jurídico, y que solo por medio de su interacción dinámica es posible entender el derecho en su expresión global unitaria y como un todo.

Como podemos ver, esta tridimensionalidad, es fundamental para comprender la razón de la existencia del derecho, como señala “el maestro italiano Paolo Grossi, (2011) presidente emérito de la Corte Constitucional de su país, en su clásica obra *Prima lezione di diritto* “el referente necesario del Derecho es solamente la sociedad, la sociedad como realidad compleja”, pues “la dimensión esencial del Derecho que es la carnalidad, o lo que es lo mismo, a causa de esa típica característica suya que consiste en estar escrito en la piel de los seres humanos” (pág. 65)

Por consiguiente, el derecho como ciencia social, debemos entender y observar detenidamente el comportamiento del ser humano para poder crear las normas que se ajusten a una buena convivencia promoviendo en bien común dentro de esta sociedad compleja de seres humanos que interactúan entre sí y con la sociedad toda.

En la evolución de este tema, a partir del siglo XVI es cuando aparecen los primeros aportes en relación a los términos de persona, personalidad y capacidad que se

vinculan entre sí, y con estrecha relación al estatus que la persona ocupaba en la relación jurídica.

Posteriormente fue el pensamiento de carácter cristiano que se aproximó a la noción tradicional de capacidad, como una posición jurídica del ser humano, ya sea en sociedad, conjunto de atributos o calidades de la persona que generan efectos jurídicos. Luego con la decadencia del iluminismo surge en la ciencia jurídica el concepto de capacidad jurídica.

Después de un tiempo surge el pensamiento de la incapacidad jurídica, como la contraria de la capacidad, aunque los pensadores de esos tiempos hacían la distinción entre incapacidad de goce que era peor que la incapacidad de ejercicio, ya que la primera lleva consigo a la segunda, y no al revés.

Luego de décadas, como “el doyen Jean Carbonnier enunció que la noción de incapacidad jurídica es amplia, por cuanto abarca diversas situaciones. La incapacidad debe ser analizada desde el derecho de las personas y de la familia. Para el doyen, la incapacidad de goce es la inaptitud de ser sujeto de derechos y de obligaciones y de adquirir un derecho y gozarlo, en tanto que la incapacidad de ejercicio es simplemente la incapacidad para hacer valer un derecho por uno mismo en la vida jurídica.” (1965, pág. 636)

### **1.- Definición de Persona y Relación con la Capacidad**

La capacidad viene determinada por el hecho de ser persona, en el derecho romano, la palabra persona tenía dos acepciones, en la cual una era la capacidad para tener derechos y deberes, y por otro lado atendiendo al rol de cada persona en su estado de acuerdo con la etapa de la vida, esto atendía a si estaba en rol de padre, hijo, esclavo, hombre libre, etc., y de ese rol emanaba su capacidad en base a sus obligaciones y derechos.

Aunque podemos señalar que, para el derecho romano, no todos eran considerados personas, pues los esclavos no entraban en esa categoría de ser persona, pues,

los veían como algo patrimonial y que otorgaba un cierto estatus social a las clases más adineradas.

En nuestros días, esta distinción anterior ya está obsoleta, pues se ha reconocido a todos los seres humanos como personas, sin distinción y con todos los derechos que corresponde como tal, en igualdad de condición ante la ley y respecto de la sociedad toda.

En nuestro código civil, en el libro I, que trata de las personas, en su artículo 55 da una definición de persona, señalando; “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.” (ed. 25, año 2019) , como podemos ver hace una generalización de la calidad de persona, no haciendo ninguna clasificación que haga una distinción entre unos y otros, pues ya en un mundo globalizado que apunta hacia la igualdad, han ido en diferentes países en este mismo lineamiento de consideración del respeto e igualdad de las personas ante la ley, como también lo podemos comprobar en la declaración universal de los derechos humanos que señala en su artículo 2; “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica hoy internacional de un país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”

Así como también señala en su artículo 7; “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

Como podemos ver, a los seres humanos se nos ha integrado y protegido de tal manera que no pueda haber ningún tipo de discriminación en un sentido muy amplio, y por el hecho de ser humanos llevamos adheridos a nuestra persona la

capacidad, tanto de goce como de ejercicio, pero aquí cabe preguntarnos, ¿porqué en los servicios públicos se está discriminando a las personas de tercera edad en relación a su capacidad de ejercicio para poder hacer algún tipo de transacción, solicitándoles un certificado de lucidez, aun cuando la persona se encuentre en perfecto estado de salud mental, y siendo autónomo para disponer libremente de sus bienes?.

Cabe puntualizar que, en nuestro código civil, en su libro cuarto, que trata de las obligaciones en general y de los contratos, y precisamente en el artículo 1446 señala claramente “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces” (25 ed. año 2019). Sin perjuicio de lo que señala en este apartado del código, debemos señalar que nuestro código hace alusión a que toda persona, sin distinción es legalmente capaz para realizar cualquier trámite legal que estime conveniente a su arbitrio, siempre que tenga plena noción de que sus facultades están en buen estado, ya que en el artículo siguiente se encarga de especificar las incapacidades, dentro de las cuales encontramos a los dementes, impúberes, sordos, sordomudos, los menores adultos, los disipadores interdictos y a los que la ley prohíbe que ejecuten ciertos actos.

En la puntualización de los casos a que trata el código, vemos que en ningún caso señala como incapaces las personas de tercera edad o de edad avanzada, entonces nos encontramos en una realidad eminentemente discriminatoria por parte de las entidades públicas al exigir un certificado de lucidez, basándose en suposiciones solo por el estado de edad avanzada de una persona que tengan un estado mental deteriorado, restringiéndole de esta forma su plena autonomía y capacidad de ejercicio, negándoles el acceso al derecho de libre disposición de sus bienes.

Más aun, en nuestra carta fundamental, en el capítulo I, señala que las personas nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, y garantiza la adecuada autonomía para cumplir nuestros propios fines específicos, además de asegurar el derecho de las personas de participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, entonces de esto podemos concluir que si bien, el estado propende a una igualdad general, estamos frente a una falta de regulación por parte de los

organismos que solicitan estos documentos de lucidez solo por el hecho de enfrentarse ante un grupo de personas de determinada edad.

## **2.- Principio de la Autonomía de la Voluntad en los Adultos Mayores**

La institución de la autonomía de la voluntad está relacionada con la institución de la capacidad legal de los adultos mayores.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, es el instrumento que plasmó la libertad del individuo como una manifestación de la autonomía de la voluntad, consagrándose un vínculo nuevo entre Estado y persona. Este principio se desarrolló de forma posterior durante los siglos XIX y XX.

Hoy en día, se reconoce “la autonomía” como un derecho inherente al ser humano, estando presente tanto en normas internacionales como en algunos ordenamientos jurídicos internos, configurándose como uno de los más grandes fundamentos en el contenido al Ordenamiento Jurídico Privado en general y en particular del Derecho de Obligaciones y Contratos.

El concepto de la autonomía de la voluntad aparece como garantía del principio de libertad.

Como señala Alessandri, " el principio de la autonomía de la voluntad es la aplicación en materia contractual de las doctrinas liberales e individualistas de la Revolución Francesa, y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo pasado. Si los derechos son meras facultades que la ley reconoce existir en el individuo y la libertad es la base de toda actividad humana, es lógico que ella pueda obrar como mejor le plazca, no siendo naturalmente contra el orden público o las buenas costumbres"(2004: p. 11).

Conceptualizando a la autonomía de la voluntad como “aquella libertad que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazca, y de determinar su contenido, efectos y duración” (2004: p.10). Es así como “la autonomía como principio, a su vez, se fundamenta en el reconocimiento del valor de la libertad que tienen las personas, y como consecuencia de este reconocimiento, de la capacidad que tiene cada ser humano para auto determinarse” (Mazo Álvarez, 2012: p. 118).

Así podemos resumir que la autonomía implica, como aquella aptitud de juzgar, es decir, como aquel poder que tenemos para disponer y escoger lo que se deseamos. Es decir, la libertad de decidir y de actuar, conforme a las opciones que se nos presenten. Esta libertad se concreta en aquella toma de decisiones en que la persona dispondrá de la voluntad para elegir lo que su fuero interno estime conveniente. Y finalmente, supone capacidad, noción evolutiva, que permite mostrar que, así como la persona va adquiriendo gradualmente la facultad de poder obligarse por sí misma, es predecible que en algún momento esta plenitud de capacidad progresivamente irá también afectándose o perdiéndose (2019: p. 5).

En la vida del derecho, la capacidad legal representa el ejercicio de la libertad y autonomía de aquella persona natural que ha alcanzado la madurez, así ubicamos a la persona mayor que a sus 60 años, consta de igual manera, por el solo hecho de ser persona, con personalidad jurídica y por tanto con capacidad de contraer derechos y obligaciones.

Por lo cual, existen distintas e innumerables razones, como la edad y/o enfermedad, en que la capacidad legal de alguna manera se ve afectada, llegando a ser sujetos vulnerables de forma gradual, tanto su autonomía funcional física y psíquica que se deterioran mientras van envejeciendo.

Es decir, el adulto se ve limitado cuando el envejecimiento se acrecienta de un cierto grado de fragilidad o de una especial vulnerabilidad, que puede ser expuesto a abusos e incluso tornarse inapto para tomar ciertas decisiones personales o patrimoniales. Más claro todavía para el Derecho, es la pérdida progresiva de autonomía decisional -debido a la avanzada edad- donde se encuentra una de las causas que vuelve a la persona especialmente frágil o vulnerable al punto de afectar el cabal ejercicio de sus derechos y colocarlo en una posición jurídica desventajosa (Ruz Lártiga, 2019: p. 5).

El Derecho Civil cumple su función como una institución reguladora y garantizadora, otorgando un estatuto especializado con relación a los capaces o incapaces de acuerdo con parámetros absolutos, como ocurre con el factor edad respecto de los menores, o por demencia, en relación con los ancianos (Barcia, 2014: p. 66).

### **3.- Normativa Nacional e Internacional**

El principio de la autonomía de la voluntad ha sido recogido y consagrado por Organismos Internacionales, así como en las últimas declaraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En materia jurisprudencial ha sido, estos pronunciamientos reconocen la autonomía como un derecho y valor fundamental de los humanos.

La CIDH ha señalado repetitivamente los tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Así lo señaló la CIDH en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, por la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, en la sentencia I.V. Vs. Bolivia, la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre el principio de la autonomía de la voluntad en el párrafo 149, en los siguientes términos:

“La Corte nota que el artículo 11 de la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana, entendida como ser racional, esto es el reconocimiento de su dignidad. En efecto, el inciso primero de dicho artículo contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, basándose en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos los individuos deben ser tratados como iguales, en tanto fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida”.

En el marco internacional, se ha reconocido el principio de manera sistemática pero no de forma explícita, entre estos se encuentran la Declaración de Derechos Humanos (artículo 1), Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 1), en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea (26) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1).

Se ve un cambio en el tratamiento especializado de este principio autonomía de la voluntad cuando es aplicado al estatuto jurídico-civil de la persona mayor.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante CIPDHPM) toma en cuenta dentro sus objetivos resguardar la autonomía de los adultos mayores en los siguientes términos:

“Reconociendo que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades”.

Manifestando su preocupación de consagrar este principio en el capítulo IV “Derechos Protegidos”, que contiene el artículo 7 nombrado “Derecho a la independencia y a la autonomía”, de la siguiente manera:

“Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos. Los Estados Parte adoptarán programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorrealización, el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas. En especial, asegurará:

a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos”.

Ruz Lártiga concluye que la CIPDHPM recoge, en síntesis, una noción de autonomía ya caracterizada como autonomía decisional, concepto que, en sede civil - patrimonial, nos acerca a la noción de capacidad legal o de ejercicio como una expresión de la voluntad generadora de actos jurídicos válidos. “Un gran avance puede, entonces, visualizarse en aras a la definición de los contornos jurídicos de la noción de autonomía que la Convención consagra como derecho fundamental del adulto mayor” (2019: p. 8). 16

La CIPDHPM, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en 2015, fue ratificada por Chile en el año 2017, de manera que según

el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República tendrá aplicación y ejecución vinculante en nuestro Derecho Interno.

El estado chileno se comprometió a “reconocer el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones, y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos” (Otárola 2017: p. 16).

Así como también ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) y su Protocolo Facultativo, del año 2008. En aquella ocasión, se comprometió a “respetar la dignidad inherente a toda persona, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia, participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad. Tales convenciones complementan el ideal de sociedad basado en el ser humano, debido a que buscan reconocer y asegurar los derechos de la persona, en particular, el derecho a adoptar decisiones referentes a su vida privada, su salud, el destino de sus bienes y que dichas decisiones sean respetadas” (Otárola, 2017: p. 17).

El estado chileno de manera inicial se ha comprometido a agregar en su derecho interno la protección jurídica del adulto mayor y en especial el resguardo de su autonomía, no obstante, nuestra Constitución no contempla el reconocimiento ni promoción de los derechos de las personas mayores.

El sistema chileno, coincide con el derecho internacional, al reconocer el principio de la autonomía de la voluntad como un principio esencial y fundamental de la carta magna.

La Constitución chilena en los artículos 1, 5 y 19, expresa que se compromete a resguardar los derechos esenciales que derivan de la persona humana “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En la misma línea, “el Estado está al servicio de la persona humana, para lo cual debe contribuir a crear

las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible [...]”.

“De esta forma la persona constituye el objetivo y la finalidad de la actuación estatal en el sistema jurídico chileno, donde el poder público está al servicio de la persona y actúa en función del desarrollo de sus derechos fundamentales, los cuales permiten concretar la libertad y la igualdad de derechos entre las personas” (Otárola 2017: 12).

Podemos observar que, si tenemos un reconocimiento, pero limitado de las garantías de los adultos mayores, quienes a pesar de representar demográficamente un grupo etario que se proyecta de manera exponencial en la actualidad y hacia el futuro en nuestra sociedad, no cuenta con reglas de protección relacionadas con la pérdida de la autonomía, al menos constitucionalmente.

Por otra parte, en la legislación interna se identifican dos principales leyes especiales que abarcan la autonomía de la voluntad, la primera es la ley N°20.422 sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad del año 2010, recoge los objetivos generales y principios de la CDPD.

En primer lugar, dentro de los principios inspiradores de la ley se encuentra la Vida Independiente, definida en el artículo 3 como “el estado independiente que permite a una persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma y participar activamente en la comunidad, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad” (Silva 2017: p. 80).

En segundo lugar, se encuentra la ley N° 18.600 sobre Deficientes Mentales, “la que tiene una clara inspiración asistencial enfocada en la pobreza más que en la discapacidad, donde la mayoría de sus normas dicen relación con la prevención y, sobre todo, establecer subvenciones y beneficios tributarios”. Se recalca dentro de esta normativa, el establecimiento del procedimiento judicial voluntario no contencioso para solicitar y obtener la Declaración de Interdicción por Demencia, en virtud del cual se establece un sistema de curaduría provisoria de bienes por el solo ministerio de la ley, que ejercerán las personas naturales o jurídicas que se

encuentren inscritas en el registro de la discapacidad y que tengan a cargo personas con discapacidad mental cuando se cumplan ciertas condiciones (Silva, 2017:p. 113).

Finalmente, en cuanto al Derecho Civil chileno, el código tampoco ha consagrado de manera explícita el principio de la autonomía de la voluntad, a diferencia de otras legislaciones como ocurre con el código civil italiano del año 1942, el que lo reglamenta en los siguientes términos:

“Artículo 1322. Autonomía contractual Las partes podrán determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley (y de las normas corporativas). Las partes podrán asimismo concluir contratos que no pertenezcan a una disciplina en particular, con tal que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”.

El principal motivo de la ausencia expresa de este principio en nuestro derecho positivo se debe a que nuestro código utilizó como modelo de inspiración el Código francés de 1804, el cual tampoco lo incluyó expresamente en su edición definitiva aunque habría sido mencionado en el Proyecto del año VIII, que presentaba un Libro Preliminar intitulado "Del Derecho y las Leyes", que contenía abundantes afirmaciones filosóficas pertenecientes al Derecho Natural, que fueron posteriormente eliminadas, pues un Código no era lugar apropiado para ella. (Marcelo Sanhueza, 2005, p.154 -155 como se citó en Carbonnier).

A pesar de que en el derecho positivo chileno no existe consagración expresa del principio de la autonomía, Marcelo Sanhueza ha concluido que, su manifestación más poderosa parece encontrarse en los artículos 12, 1444 y 1545 de nuestro Código Civil.

“El primero, porque permitir la renuncia de un derecho (dentro de los límites social y jurídicamente tolerables) confirmando la idea de una libertad inherente al concepto de voluntad que venimos empleando: si la persona no es libre para poder disponer de sus derechos, mal podría entonces dar la forma que desee a sus derechos y obligaciones.

El segundo, porque a través de los elementos accidentales introducidos por las partes en un acto jurídico, se institucionaliza su función directiva, porque es por ese medio que dan forma particular a sus contratos. Y el tercero porque si en ciertos casos la mera voluntad de los autores del contrato ha sido suficiente para engendrar obligaciones, entonces no hay razón jurídicamente admisible para sostener que el cumplimiento de dicha obligación no haya de ser articulado por ellas mismas” (2005: p. 157).

## **VIII.- TRATAMIENTO JURÍDICO DEL ADULTO MAYOR**

### **1.- Tasa de envejecimiento.**

Personas que, indiscutiblemente aumentan demográficamente año tras año, esto es un “fenómeno de envejecimiento sostenido de la población mundial” (Lathrop, 2009: p.79).

Según la Organización Mundial de la Salud, todos los países del mundo están envejeciendo aceleradamente. Entre el 2000 y 2050, la proporción de personas de 60 y más años se duplicará, pasando del 11% al 22% aumentando así cuatro veces la población de 80 años y más. En tanto, a nivel regional se espera que este proceso se acelere a partir del 2030, cuando el 17% de la población tendrá más de 60 años (MINSAL: 2021).

Particularmente en Chile, este grupo etario se ha acrecentado de forma exponencial, están son proyecciones realizadas por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), sobre la base del “Censo en el año 2017, donde se contabilizaban hasta esa fecha 2.003.256 de adultos mayores, es decir un 11,4% del total de la población. En virtud de las proyecciones aplicadas, para el año 2019, se estimó que el número de adultos mayores ascendería a 2.260.222 personas, cifra que representaría el 11,9% del total de la población, concentrándose esta población en las regiones Metropolitana, de Valparaíso y la del Biobío. En conformidad a lo anterior, se sostiene que para el año 2035, se prevé un importante crecimiento de este grupo etario, que se compondrá de 3.993.821 adultos, los que equivaldrá al 18,9% del total de la población. Es más, las proyecciones indican que ese año todas

las regiones evidenciarán un proceso creciente de envejecimiento poblacional (INE: 2020).

2.- Conceptualización legal de “personas mayores”, “ancianidad” o “tercera edad”.

Conceptualizar a este grupo etario no carece de complejidades, así lo señala Fabiola Lathrop, quien afirma la existencia de “una dificultad en la determinación de la edad en la que se cruza el umbral de una etapa del desarrollo evolutivo humano a otra.” (2009: p. 81), en nuestra normativa no existe una coherencia legal sobre estos términos.

Nuestro Código Civil, en su título preliminar, se hace cargo de definir algunas palabras y términos de uso frecuente en nuestro ordenamiento jurídico, un claro ejemplo de ello es la definición que brinda de menor adulto, o también que debemos entender por infante y niño, sin embargo, no lo hace respecto de aquellos considerados como personas mayores.

Podemos encontrar ciertos intentos para conceptualizar, como es el caso de la ley N° 19.828, que crea el SENAMA cuyo artículo 1° dispone que:

“Para todos los efectos legales, llámese adulto mayor a toda persona que ha cumplido sesenta años. Denomínese adulto mayor de la cuarta edad a quien ha cumplido ochenta años”.

Debido a esta disposición, es que se dio una escueta discusión durante la tramitación de la mencionada ley, para mejor entendimiento, citaremos dos extractos de la historia de la ley 19.828:

“El señor MUÑOZ BARRA: Señor presidente, la referencia a los 60 años ¿es un error del informe, o es así?

El señor ZALDÍVAR, don Andrés (presidente): Es así señor Senador. La tercera edad comienza antes de la edad para jubilarse.

En el Boletín de Indicaciones, se manifiestan las siguientes propuestas:

Del H. Senador señor Cariola, para sustituir su inciso segundo por el siguiente:

"Para todos los efectos legales, entiéndase por adultos mayores a todas aquellas personas de sexo femenino que han cumplido sesenta años y de sexo masculino que han cumplido sesenta y cinco años."

Del H. Senador señor Stange, para sustituir su inciso segundo por el siguiente:

"Serán adultos mayores y afectos a esta ley, las personas siguientes:

- a) Las mujeres, que hayan cumplido 60 años y
- b) Los hombres, que hayan cumplido 65 años."

Por su parte, en relación con la fijación de la edad, el Diputado Lorenzini expone que: "Aquí surge una interrogante: ¿Qué es un adulto mayor? ... se ha cortado artificialmente en 60 años de edad, tema que habrá que discutir. No sé si hoy, con los datos que estoy dando, el adulto mayor es el de 60 años. No quiero entrar al tema de si la mujer debe jubilarse a los 65 años de edad, porque es un asunto distinto. Habría que buscar, científicamente, elementos de juicio para definir claramente cuál es el corte. Quizás, podría ser un poco más alto." Extracto Historia de la ley- p.76 – Diputado Pablo Lorenzini Basso – Independiente.

A su vez, el Senador Muñoz Barra, sostiene que: "Me llaman la atención dos cosas. Una de ellas se refiere a un error que debe ser corregido: en la página 8 del informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización se señala que fue la Administración encabezada por nuestro actual colega y ex presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle la primera en abocarse al estudio de una política pública sobre el adulto mayor, determinándose en 60 años de edad el límite inicial de este grupo etario. Ello no puede ser, dado que, en Chile, desde el punto de vista laboral, se jubilan a los 65 años. De manera que yo no sé si es un error en la redacción o es una idea matriz que habría que entrar a analizar, porque se contradiría con la realidad que señaló: la tercera edad comienza a los 60 años, pero en Chile se jubila a los 65 años de edad" 2. (BCN-HL-Nº 19.828-02)

En el ámbito internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó en el año 1982 a una Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, este fue el lugar que se generó el "Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento",

con el objetivo de buscar reconocer que las personas mayores tienen el derecho de disfrutar una vida plena, saludable, segura y satisfactoria. Así es, como la Asamblea Internacional sobre el envejecimiento, define al adulto mayor como aquella persona de 60 años o más de edad.

El concepto del adulto mayor lo extrajimos de la CIPDHPM, que en su artículo 2 dispone que “se entenderá por persona mayor aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años.”

Podemos mencionar, que en nuestras normas legales como en las de derecho internacional, se restringen de cierta forma, en torno al concepto de adulto o persona mayor, a fijar como punto de partida una edad cronológica sin entrar a inmiscuirse en la determinación de otros factores que doten de contenido a la compleja definición legal.

Como señala Sandra Huenchuan, en la mayoría de las sociedades, la edad establecida se correlaciona con la pérdida de ciertas capacidades instrumentales y funcionales para mantener la autonomía e independencia (2004: p. 26). El comienzo a esta última etapa de nuestras vidas, son distintas en cada persona, ya que tiene que ver con aquellas condiciones de vida que se tuvo durante su niñez y adultez, de tal manera que tanto las habilidades como deterioros de los adultos mayores no se relacionan con la edad cronológica, es decir, no se relaciona con la cantidad de años que ha vivido una persona, sino que, con la edad biológica, la cual se determina en razón a la forma en que envejecemos y a la funcionalidad de nuestro organismo.

Por lo tanto, la definición de adulto mayor no debería de aplicarse en cuanto a la edad de los 60 años, porque solo sería un criterio contenido cualitativo en lo referido a esta etapa de la ancianidad. Por lo demás, al alcanzar esa edad, aún gozan de un total y pleno uso de sus facultades, de tal manera que convergemos López Díaz al señalar que “el envejecimiento en los humanos es gradual, y asimismo dicho proceso es muy variable de persona en persona, por lo que en su reemplazo pueden utilizarse parámetros sociales y culturales” (2017: p. 15).

## **1.- Noción de Capacidad Jurídica en el Derecho Civil Chileno**

Nuestro código civil, define a las personas en el artículo 55, como “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

Alessandri señala que persona y sujeto de derechos son sinónimos, y entiende por ellos a “todo ser capaz de tener derechos y obligaciones”, continúa diciendo que “ningún otro requisito es menester. Ni siquiera se precisa tener plena conciencia de sí, ni estar dotado de voluntad. Los niños y los locos, aunque carecen de voluntad consciente, poseen personalidad, es decir aptitud para tener derechos y obligaciones” (1998: p. 356).

Voluntad jurídica, lo podemos definir como un requisito de existencia de un acto jurídico ya que así lo dispone el artículo 1445 del CC, que regula los requisitos para que dicha voluntad sea válida y eficaz, de esta forma, señala en su primer numeral la necesidad de que “la persona sea capaz”.

Es así, como se genera esta relación necesariamente de la capacidad con la voluntad, que ampliamente es, aquella facultad del individuo para gobernar su vida, que actúan dentro del margen de la ley pero con límites.

La doctrina lo define como “la aptitud legal de las personas para adquirir y ejercitar por sí mismas los derechos civiles” (León, 1991: p. 231).

En lo que respecta al segundo elemento, dentro de la capacidad jurídica, encontramos dos clases:

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad y se relaciona con la adquisición de derechos, Alessandri señala que los conceptos de personalidad y capacidad de goce se implican recíprocamente: no hay persona sin capacidad de goce, y capacidad de goce sin persona (1998: p. 404). Es decir, por el solo hecho de ser persona, se tiene esta capacidad de adquirir derechos, la cual es igual para todos los seres humanos.

La capacidad de ejercicio corresponde a un requisito legal para actuar válidamente en el mundo jurídico, se ve reflejado en la administración de bienes y toma de

decisiones importantes, como el matrimonio, la adopción, testamentos, compraventas, etc. El artículo 1445 expresa “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra”.

Esta capacidad legal en nuestro ordenamiento jurídico se presume, debiéndose probar la incapacidad por quien la alega, así se desprende del artículo 1446 cuando señala que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declare incapaces.”

La incapacidad puede ser absoluta o relativa. La incapacidad absoluta se define como “aquella de la cual adolecen las personas que, por causas físicas o naturales, carecen de voluntad o no pueden expresarla debidamente, (Alessandri, 2009: p.48). En este grupo encontramos a los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Por otra parte, la incapacidad relativa, contempla a los menores adultos y los disipadores interdictos.

La demencia, se relaciona íntimamente con algunas instituciones que afectan la capacidad y autonomía del adulto mayor.

## **2.- Concepto Doctrinario legal de Demencia**

El diccionario de la Real Academia Española lo define como “aquel deterioro progresivo e irreversible de las facultades mentales que causa graves trastornos de conducta”.

Hernán Corral sostiene que “la ley comprende en la palabra demencia la enajenación mental bajo todas las formas en que pueda presentarse, así como en todos sus grados, y entiende por enajenación mental a todo trastorno de la razón que impide a una persona tener la libre voluntad de obligarse y asumir la responsabilidad de sus actos, haciéndolo absolutamente incapaz” (2011: p. 31).

Para Alessandri, la demencia se refería a personas que sufren una pérdida de razón a consecuencia de un trastorno mental y debía ser permanente (1998: p. 356).

Para León, la expresión demente regulada en el Código Civil chileno no se ha referido sólo a los que denomina tales la medicina legal moderna, sino a “todos los

que están privados de razón o que tengan sus facultades mentales sustancialmente alteradas” (1991: p. 297).

Por otro lado, según Vial del Río y Lyon Puelma, “no basta la privación de razón, sino que más bien, ésta debe afectar de tal manera a la persona que le impida dirigirse a sí mismo y administrar competentemente sus negocios” (1985: p. 289).

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Concepción, en la sentencia con fecha 10 de junio de 2008, Rol N° 240-2008, dispone que:

“El Código Civil no define el término de demencia, respecto del cual la doctrina ha dicho que comprende la enajenación mental bajo todas las formas en que pueda presentarse y en todos sus grados, cualquiera que sea el nombre que se le dé, que comprende toda alteración mental que prive de razón a un individuo y que implica cualquier tipo de privación de razón, sin importar cuál sea el nombre técnico de la enfermedad que la produce. Por su parte, la jurisprudencia señala que aun cuando la ley no define la demencia, para el caso de decretar la interdicción, es indudable que designa con esa denominación no solamente a los que por debilidad o desórdenes intelectuales, de carácter habitual carecen en absoluto de razón, sino también a los que, por las mismas causas, no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios. En síntesis, la expresión demencia debe ser interpretada en su sentido más amplio y diverso, esto es, en sentido de enfermedad mental, y no en su significado científico o técnico”.

### **3.- Autonomía de los Adultos Mayores y Deficiencias en el Código Civil**

Como es ya sabido, nuestro código civil tiene una larga data de tiempo, por el cual Andrés Bello no pudo predecir lo que sucedería hoy en día, por lo tanto, no pudo contemplar los cambios sociales que vendrían a darnos cuentas de estas falencias que vemos al analizar cada una de las normas explicitadas por él, y que dentro de esta problemática nos encontramos ante la capacidad, o bien incapacidad de los adultos mayores.

Al estar el derecho civil centrado solo en el área patrimonial, no es adecuado para resolver esta problemática humana que es la capacidad de ejercicio que debe

respetarse a todas las personas que se encuentren aptas para ejercerla, tanto patrimonial, como extra patrimonialmente.

Si bien esta problemática en el derecho comparado ha ido avanzando gradualmente, en nuestro país nos hemos quedado detenidos respecto esta situación, como señala Rodrigo Barcia Lehmann;" El Derecho Comparado ha avanzado lenta, pero inexorablemente desde mediados del siglo XX, en la regulación de la capacidad, lo que lamentablemente no ha ocurrido entre nosotros, que nos hemos quedado rezagados respecto de esta evolución." (2014, pág.3)

El gran problema del código civil, es que considera al individuo en cuanto a su capacidad como sujeto de derechos patrimoniales solo centrado en el contrato, y no ve los derechos extra patrimoniales que tienen los adultos mayores al momento de celebrar un contrato, sino que como requisito para celebrarlos debe ser capaz, y no está mal que así sea, solo que no puede haber actos discriminatorios en un supuesto infundado de incapacidad respecto de la edad y sea forzada esa persona a declarar mediante certificados que su capacidad no ha sido deteriorada por el paso de los años.

El derecho actual, tiene una mirada más integrativa del ser humano, mayormente centrado en los adultos mayores y lo reconoce en sus facultades de ser un sujeto independiente y autónomo en su relación con el estado, capaz de tomar decisiones por sí mismo y por su propia voluntad, sin que intervenga la tutela ajena, pero también a su vez, implica que a los estados les acarrea una gran responsabilidad en cuanto a las obligaciones que le impone esta integración de los adultos mayores en su capacidad de ejercicio como se señala en CIDH "En estos términos, la protección de la igualdad ante la ley consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que la apruebe."\*(año 2022, pág. 62)

Al ratificar estos tratados conlleva una gran responsabilidad estatal de modificación de su legislación interna, adaptándose a las necesidades actuales de integración y respeto de los derechos que tienen los individuos frente a este ente tan poderoso

como lo es el estado, así también como la reforma de sus estatutos internos para que las entidades auxiliares del estado respeten los derechos de las personas ancianas desde otra perspectiva, y no solo mirando el acto por el cual concurren a legitimarlo, sino también la dignidad de esa persona, que aun teniendo sus facultades inalterables, no puede ser objeto de limitación por abuso de poder.

Así también lo señala La Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento “exhorta a todos los Estados a promover y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas de edad, en particular tomando medidas para combatir la discriminación por motivos de edad.” (año 2022)

Como podemos ver, la persona es más que un ente al cual solo se le imputen normas jurídicas, hoy es un ser al cual hay que respetarle sus derechos y su dignidad, como lo señala Juan Marín; “Para el Derecho, la persona es, más que un centro de imputación de normas jurídicas (como gusta definir a los positivistas), un ser humano con valores propios merecedor de respeto y de tutela” (año 1996, pág. 58)

Por esta razón es que deben ser respetados sus derechos tanto patrimoniales, como los extra patrimoniales, los cuales estarían dentro de esta última clasificación como derechos jurídicos interpersonales, como lo son el derecho a la igualdad, derecho a la personalidad jurídica, a la honra, a la paz y el derecho de reunión, como parte del derecho privado de cada una de las personas que constituimos la sociedad, por lo tanto, habría que avanzar en la teoría clásica del derecho que es mayoritariamente patrimonial, integrando los derechos extra patrimoniales de las personas de la tercera edad y respetándoles íntegramente su dignidad, no poniendo en cuestionamiento su capacidad de ejercicio y disposición de su patrimonio a una mera cuestión de subjetividad aparente por parte de las entidades que deben dar fe de sus actos, y cumpliendo ellos fielmente a su labor encomendada, ya que la ley expresamente regula la declaración de interdicción y su tramitación correspondiente, no dejando espacio a la subjetividad, sino que debe ser declarada por un juez competente.

Si bien, estas decisiones pueden acarrear repercusiones patrimoniales, nuestro sistema tiene contemplado los procedimientos a seguir, en orden a que puedan dejarse sin efecto dichos actos si fueren contrarios a derecho o bien se realicen de manera inadecuada, a contrario sensu, no respetándose los derechos extrapatrimoniales de orden superior, no hay norma que pueda dejar inalterable a la persona en su fuero interno, es por esta razón que el derecho ha ido avanzando en respetar al máximo los derechos humanos, para mantener intacta la integridad de cada uno de los seres humanos.

## **IX.- PRESUNCIONES DE INCAPACIDAD EN EL ADULTO MAYOR E INTERDICCION**

En nuestro código civil existe una presunción de capacidad legal, salvo casos expresamente señalados en la ley, y esta capacidad se encuentra establecida en el artículo 1445 como requisito para poder obligarse con otra, consistente en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra, y en el artículo 1446 también señala “*Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*” (25 ed. año 2019)

Expresamente señala el código que toda persona es capaz, no dice, solo algunas personas, o bien toda persona puede ser capaz, sino que taxativamente abarca a la población toda, haciendo solamente la excepción de que las que no lo son deben ser declaradas en un proceso legalmente establecido para declararla incapaz, a esta afirmación podemos sostener que las personas no dejarían de ser capaces solo por una condición de edad, sin esta haber sido declarada legalmente, y más aun teniendo la voluntad, que es la aptitud para hacer algo, siendo seria y exteriorizada, con lo cual manifestada racionalmente y estando en un sano juicio, no debiese haber presupuestos limitantes arbitrarios por parte de las entidades públicas para cuestionar dicho acto o contrato.

Cabe señalar que existen 2 tipos de capacidades en derecho, que es la de goce y de ejercicio, la de goce nos dice de los derechos inherentes a todos los seres humanos, y por otro lado la de ejercicio que consiste en la idoneidad de la persona

para ejercitar sus derechos por voluntad propia, pero para declarar la interdicción es que se vea afectada la capacidad de ejercicio.

Hay que hacer presente que en nuestro sistema tenemos diversos tipos de incapacidad, las cuales son la incapacidad absoluta, la relativa y las incapacidades especiales o prohibiciones legales, en cuanto a la absoluta nuestro código señala en su artículo 1447 quienes son absolutamente incapaces, como ya los señalamos en un apartado de este texto, y que deben siempre actuar representados, y en ninguna circunstancia actuar por sí mismos.

Dentro de las incapacidades del artículo 1447 se encuentran los dementes, consistente en la alteración de las facultades mentales de la persona, y esta debe ser de tal magnitud que la haga incapaz de dirigirse a sí misma o administrar sus bienes. A propósito de la demencia, nuestro código regula la declaración de interdicción de las personas que se encuentren en este estado de demencia, artículo 456 inciso primero; “El adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos” (25 ed. año 2019)

Señalado lo anterior, es que cobra tanta importancia el juicio de interdicción que consiste en declarar la incapacidad de una persona privándola de la libre disposición de sus bienes por el estado mental que padece, y esta por tratarse de una materia contenciosa, se realiza por medio de un juicio ordinario conforme a sus reglas de tramitación establecidas en el código de procedimiento civil, que se demandará por las personas habilitadas que señala el artículo 459 del código civil, y dicha demanda se notificará al supuesto demente.

### **1.- La Capacidad**

Termina siendo un poder que el individuo tiene en su propia naturaleza, porque la capacidad está determinada por el grado de raciocinio intelectual que tenemos las personas.

La mayoría de las personas ha desarrollado este poder, esta capacidad cuando la facultad del cerebro debe racionalizar, de entender de comprender.

De pequeños no tenemos esta facultad, ya que esta facultad se va desarrollando por etapas, esta capacidad, esta voluntad lo desarrolla el cerebro por etapas, de manera que evoluciona.

La doctrina dice que: se entiende por capacidad, la aptitud, es decir, acto para, idóneo para, adquirir derechos y ejercerlos sin el ministerio, ni autorización de otras personas.

Entendemos así:

Aptitud: es la aptitud para adquirir derechos,

Facultad: para ejercer derechos sin el ministerio ni autorización de otras.

Aptitud-goce: todas las personas lo tienen, es un atributo de la personalidad, no se conciben personas, no se conciben humanos, no se conciben personas jurídicas que no tengan aptitud para. Ejemplo: a un bebe le podemos heredar una casa, si podemos. A una persona demente le podemos heredar una casa, obviamente. Porque solo se requiere ser persona para adquirir el derecho. Distinto es, si sobre ese bien que hemos recibido queremos ejercer, derecho, venderlo o arrendarlo. Para ello necesito "facultades" la que nosotros llamamos la facultad de ejercicio, no todas las personas la tienen.

El artículo 1445 se refiere por capacidad, a esta "facultad para ejercer derechos y contraer obligaciones sin el ministerio o autorización de otra persona" es decir, no necesito actuar por otro y no necesito que este otro me de autorización. Este es un requisito del acto jurídico, requiere de capacidad de ejercicio, porque es el grado que tiene el individuo después de comprender intelectualmente, después de asimilar efectivamente que está haciendo, que está desarrollando.

La última es la etapa que nos permite celebrar actos, así podemos distinguir dos capacidades las que nos permiten celebrar ciertos actos autorizados; otro de representación legal y luego la capacidad que nos permite hacer todo, sin el ministerio o autorización de otra persona.

La regla general, está contenido en el artículo 1446: “todas las personas son capaces excepto aquellas que la ley declara incapaces”. La excepción la determina la ley. Ejemplo: una abuelita está muy viejita, no entiende, pero eso no significa que sea incapaz. Porque para que sean incapaces tiene que entrar en la hipótesis en que la ley declare que es incapaz, sino que, sino que son plenamente capaz. Por ejemplo: los peritos que son médicos legales examinan, ven las pruebas, están perfectamente ubicados. El hecho que su velocidad sea menos no significa que sean incapaces, aptitud de prejuicio, con ello racionaliza otra cosa, estas personas piensan, tienen sus capacidades, tienen sus atributos. Nuestra aptitud prejuicio, nos conlleva a decir que son incapaces.

Pero el legislador nos habla de capacidad en el artículo 1447, nos señala cuales son las personas incapaces, nos queda claramente que si una persona no se encuentra aquí es porque es capaz.

Así tenemos:

1. Incapacidades absolutas
2. Incapacidades relativas
3. Incapacidades especiales

Los incapaces absolutos: que estás en el artículo 1447, son:

- a) El demente
- b) Los impúberes
- c) Los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente

Estas tres situaciones son las que nos permiten decir, si tenemos un incapaz.

**1.1.- La Demencia**, la expresión demencia ha sido considerada por el intérprete de la ley chilena como un término amplio, comprensivo de toda enfermedad que produce un trastorno mental. El legislador no quiso entender que la demencia es un tipo específico como sería hoy día.

En tiempos del legislador la demencia comprendió todo (bipolaridad, esquizofrenia, demencia senil, entre otras). El concepto de demente ha sido tomado por el legislador en un sentido amplio.

El demente es incapaz siempre; aun cuando existan intervalos lucidos, porque la enfermedad puede producir espacios de lucidez, pero esos espacios no pueden tomarse por el legislador y entender que efectivamente la persona haya vuelto a la cordura, se mantiene. Por lo mismo no es necesaria la interdicción si se prueba que al momento de celebrar el acto o bien en el periodo circundante al acto se encontraba demente el acto celebrado por él será nulo.

La persona demente, es aquella persona que ha entrado en incapacidad. El demente tiene un historial en términos de interpretación, artículo 20 y 21 del código civil, el legislador ha tomado la interpretación demencia de modo diverso. El medico es quien se encarga de decir quién es demente y quien no, y a la vez, nos dice cuando una persona esta demente, la medicina establece que la demencia es una sola enfermedad mental: la demencia; la demencia senil; el alzhéimer; la esquizofrenia; la bipolaridad; la privación de razón temporal.

La persona es demente, cuando la expresión privada de razón es sufrir una privación por un trastorno temporal, por loa perdida de un hijo por un hecho traumático. Par ello se debe realizar una pericia, a un juicio.

Para declarar interdicto a una persona, son los peritos mediante su arte o ciencia, son quienes dirán si efectivamente la persona esta demente o privada de razón, en el caso de que no se cumpla con esos requisitos de un acto jurídico, porque si estuviera demente no podría celebrar actos jurídicos, y en ese caso ese acto será nulo.

**1.2.- El Impúber:** el varón menor de 14 y la mujer menor de 12 estas pequeñas personas no han alcanzado la madurez psicológica que le permiten entender las consecuencias de los actos que realizan, por eso el legislador es mucho más severo, incluso con el ataque y abuso a menores porque se ha puesto énfasis, en

que son personas que no han alcanzado su madures psicológica y no entiende que están haciendo.

**1.3.- Los Sordos o Sordomudos** que no pueden darse a entender claramente

## **2.-La Interdicción**

Si efectivamente estamos frente a una persona que esta demente, con la “interdicción” se logra que una persona no pueda seguir actuando, por lo tanto; se le priva de la administración de sus bienes.

**2.1.- Definición:** es el efecto de una resolución judicial en virtud del cual, se le priva a una persona de la administración de sus bienes. La interdicción puede alcanzar los efectos personales, esto significa que tampoco podrá celebrar actos de familia, por lo mismo, se le asigna no solo un tutor, sino que también un curador, esto quiere decir, que la persona no solo no administrar sino también no puede administrar su propia vida.

Esta sentencia debe ser inscrita en el registro de interdicciones que lleva el Conservador de Bienes Raíces.

Si existe decreto se aplica el **Artículo 465 del Código civil:**

“Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. // Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente.”.

Si existe un decreto de interdicción se facilita la prueba solamente porque los actos posteriores al decreto serán nulos, en cambio los actos anteriores al decreto habrá que probar que se encontraba demente.

**2.2.- Incapacidad Relativa Artículo 1447 del Código Civil; Inciso 3:** “(...) Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.

Aunque la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes. (...)"

Nos encontramos con que los incapaces relativos son dos:

- *Los menores adultos*; Nos encontramos nuevamente ante una situación cronológica. En el caso de la Mujer desde los 12 años y los Hombres desde los 14 años, ambos hasta los 18 años.

- *Los disipadores que se hallen bajo interdicción*; El disipador, es el dilapidador, es decir, el que malgasta sus recursos, sin medida ni resguardos, sin un comportamiento racional frente al gasto. Si no existe interdicción, no será incapaz. Cuando habla de Decreto se debe entender como Resolución. Ésta, en el caso del Disipador, lo transforma en un incapaz relativo, en cambio, en el caso del Demente es sólo una prueba.

Estas Personas ¿Cómo actúan?; Según la ley:

- Autorizados por sus Representantes; y
- Por medio de sus Representantes

**2.3.- El Representante Legal**, será: el padre o madre, tutor o curador, adoptante respecto del adoptado, gerente general, abogado respecto del cliente, etc. La Representación puede provenir de la Ley o por mandato privado.

**El Representante Legal** es una institución en virtud del cual "*Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.*".

**Artículo 1448, del Código Civil.**

Los actos que ejecutan estos incapaces relativos, sin ésta autorización o representación, son nulos relativamente, porque, se ha omitido un requisito exigido en consideración al estado o calidad de las partes.

**Artículo 1682 del Código Civil:** "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes

prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

¿Cómo opera el dolo del incapaz? ¿Siempre existe sanción?

Cuando una persona es incapaz, la consecuencia jurídica de los actos celebrados, es que esos actos adolecen de un vicio de anulabilidad. El tipo de nulidad dependerá del tipo de incapacidad.

Cabe distinguir:

- Si es incapacidad absoluta: es nulidad absoluta.
- Si es incapacidad relativa: es nulidad relativa.

Los efectos de esta declaración de nulidad son idénticos, uno de estos efectos es que:

La nulidad es declarada de manera retroactiva, aplicando el artículo 22 y de esa manera las partes se retrotraen a su estado anterior y al retrotraerse se debe entregar lo recibido. Y en esa entrega de lo recibido, debemos diferenciar si encontramos que dentro del contrato había un incapaz, y yo celebre el acto o contrato con un incapaz, yo debo restituirle al incapaz, pero el incapaz no debe restituirme a mí. La ley como una forma de proteger al incapaz señala en el art. 1688: “que quien contrata con un incapaz, y el contrato se declara nulo, no puede pedir la restitución o el reembolso en el cual pago del contrato, sino cuando pruebe que, el incapaz con eso se hizo más rico. Se entiende que se hizo más rico, cuando lo pagado o adquirido por el incapaz le hubiera sido necesario, estuviera satisfaciendo una necesidad del incapaz; y cuando lo pagado o adquirido subsista y el incapaz desee retenerlo, eso le hizo más rico.

Art. 1688. Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrató con ella no puede pedir restitución o

reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz.

Se entenderá haberse hecho ésta más rica, en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, le hubieren sido necesarias; o en cuanto las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas, que no le hubieren sido necesarias, subsistan y se quisiere retenerlas.

Si el incapaz abusa de su condición de incapaz, y el incapaz sabe que es incapaz y aun así celebra actos y contratos entendiendo que es incapaz, joven de 14 años distraendo de manera siniestra y dolosa su patrimonio, entendiendo que él era incapaz. La ley no protege a los tontos.

Si una persona presume que la otra parte era mayor de 18 años, porque así se ve, pero debió haber corroborado, y no lo corroboró, la ley le obliga de todas maneras a restituir.

Pero, si habiendo requerido la corroboración de la mayoría de edad y yo quiero asegurarme de que con esa persona que estoy contratando no es incapaz y le digo que me muestre un certificado de nacimiento, y el señor con quien contrato corroboro que, si era mayor de edad, ya que ese certificado estaba adulterado.

Nadie puede aprovecharse de su propio dolo, el incapaz no puede aprovecharse de la incapacidad y se sanciona con la imposibilidad de invocar la nulidad del acto celebrado, art. 1685 "Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad. Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad" Art. 1685. Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad.

Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad.

## **X.- INCAPACIDAD O INCAPACITACIÓN**

El Decreto de Interdicción, es la forma a través del cual se genera una gran distinción en cuanto a la incapacitación, ya que se refiere desde el punto vista patrimonial, porque para poder llevar a cabo actuaciones jurídicas como el celebrar contratos, debe realizarlo mediante representación legal como lo expresa la norma, por lo que esta prohibición se refiere a actos extra patrimoniales, y que para ello requiere que se realice mediante una sentencia que se pronuncie judicialmente y expresamente, por ello no basta con esta representación legal.

Si vemos, la norma sobre la evolución de la incapacidad, esta es una norma en la que menos ha sufrido modificaciones a través del tiempo en el derecho chileno, a excepción aquella norma en el sordomudo que no puede darse a entender en forma clara, y también podemos mencionar la norma derogada de la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal.

### **1.- Concepto de Persona Mayor Según el SENAMA**

La Ley 19.828, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, es la norma positiva más reciente y específica en la materia que define a este como toda persona que ha cumplido los 60 años, sin distinción entre hombres y mujeres.

### **2.- Capacidad y Adulto Mayor: Presunciones de Incapacidad**

Esta práctica de solicitar “certificados de lucidez” a personas mayores de 75 años para celebrar actos jurídicos, se concreta en una discriminación de una conducta arbitraria de parte de los notarios públicos.

Los notarios, expresan que de esta forma acreditan que la persona adulto mayor se encuentre en pleno uso de sus facultades y que de manera determinante ellos concurren libre y voluntariamente a realizar el acto.

Este certificado de lucidez que ellos solicitan debe ser emitido por un médico, neurólogo o psiquiatra. Frente a esta exigencia, han surgido un sin número de reclamos por parte de adultos mayores por no poder ejercer sus derechos como

cualquier otro individuo en una notaría por que deben presentarlo antes de celebrar actos jurídicos.

La ley señala la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la plena capacidad, salvo en los casos que la ley disponga que una persona es incapaz, por lo tanto; en la legislación chilena no es posible mencionar que la edad por sí sola – salvo el caso de los menores adultos y los impúberes – constituya incapacidad absoluta ni relativa, no correspondiendo al notario, en su calidad de ministro de fe, su calificación.

Esto conlleva que está práctica al solicitar estos certificados de lucidez, es una falta de respeto que excede con creces estas atribuciones que se facultan los notarios, y que su rol es obrar como ministros de fe, según exige la ley.

Calificar esta incapacidad jurídica, es una facultad que tiene la ley, y en los casos en que también se les faculta a los tribunales de justicia que operan mediante un decreto de interdicción, en que el juez la declara en algunas personas con distintas incapacidades.

Es de mayor importancia, que por parte de un funcionario público no puede equipararse la solicitud de un certificado a un procedimiento contencioso, y que contengan a través de estas exigencias probatorias que son específicas, en que, según la ley, solo es facultad que corresponde al juez indagar en los casos en que amerite declarar la interdicción.

En cuanto a la edad de los adultos mayores relacionada a la incapacidad, según casuística, cada caso en particular, se debe analizar aquellos requisitos y observar si se cumplen o no para llamarlos dementes, y no invocar una causal general, que de cierta forma es arbitrario como exigir este certificado para los mayores adultos de 75 años, esto no es racional y menos aún justificado.

## **XI.- PLANTEAMIENTO DE LA ASOCIACIÓN DE NOTARIOS**

Los notarios afirman que esta es la manera de poder constituir un mecanismo de protección para los adultos mayores, para prever y evitar engaños o estafas.

Gloria Ortiz, notaría pública señaló a CNN Chile que “no es una obligación legal, sino que se ha ido estableciendo por las diversas notarías como un resguardo atendiendo las situaciones que se nos han ido presentando durante el tiempo. ¿Cuál es esta? Que cuando hemos celebrado algún contrato, posteriormente han aparecido hijos u otros familiares alegando o indicando que la persona mentalmente no está en condiciones de celebrar un acto de contrato y, muchas veces, ha devenido en juicios.

Por otra parte señala que “Los notarios hemos visto que ha sido una herramienta para ratificar nuestra impresión cuando entrevistamos a esta persona adulta mayor y no hay criterio claro. Hay notarías que aún no lo piden, pero atendido las situaciones que se han ido generando de la cantidad de operaciones en las que participan adultos mayores, nos hemos visto en la necesidad de empezar a solicitarlo” (2021)

Por el contrario, desde la Fundación Conecta Mayor, han calificado esta exigencia como un acto de discriminación arbitraria, señalando “es importante que la protección ante estafas o ante engaños, efectivamente es necesaria, pero para todas las personas, no solo para las personas mayores, sino que para las de todas las edades.

Y esa discriminación de la edad, justamente, pasa también por no hacer discriminación respecto a la ‘lucidez’ o autonomía que una persona podría tener a la hora de tomar decisiones en este caso particular, de carácter tributario o de carácter patrimonial. Esto puede ser -por cierto- por edad, pero también y más importante aún, por alguna discapacidad intelectual en general, por alguna demencia a cualquier edad, si en algún momento puntual alguna persona toma una decisión o firma un contrato estando bajo una sustancia que no corresponda; o

distintas maneras en que una persona pueda tomar una decisión que después podría ser impugnable”

Desde SENAMA comparten apreciaciones similares, habiendo señalado que “en la legislación "no existe ninguna norma específica que lo requiera (el certificado)".

"El hecho de tener más de 75 años no significa que la persona mayor no sea capaz. Por lo tanto, legalmente no corresponde”.

En el código civil hay texto expreso, que contiene causales que son estrictas y que se infringe con esta facultad que se atribuyen los notarios, este es un procedimiento que está regulado en la ley y que se concreta mediante esta declaración de interdicción por demencia, esto ha contribuido a que sea un impedimento para que los ancianos puedan tener acceso a servicios públicos, en que se les limita gravemente.

“En las normas internacionales, como lo es la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, que consagra, entre otros derechos la igualdad y no discriminación por razones de edad, el derecho a la independencia y la autonomía, y el igual reconocimiento de la persona ante la ley”. Es en virtud de este último derecho, reconocido en su artículo 30.

“Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Estos mismos adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los

abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria”.

### **1.- La Tutela Contractual del Adulto Mayor**

Como hemos visto en el desarrollo de este trabajo, en nuestro ordenamiento jurídico no existe la tutela contractual del adulto mayor, a mayor abundamiento, señala que todos somos legalmente capaces, a contrario sensu, el mecanismo que utilizan los notarios para autorizar la enajenación de un inmueble que pertenece a un adulto mayor, es insuficiente, pues al solicitar un certificado de lucidez se vulneran derechos consagrados en diferentes normativas tanto internas, como tratados con otros países, y es por esta causa que se hace necesario que se legisle ante esta problemática.

Sin perjuicio de lo señalado, este tema tan relevante para mantener la dignidad de las personas de tercera edad no ha estado exento de polémicas, razón por la cual hay un proyecto de ley en curso, en el cual se propone que mediante una breve

audiencia el juez en lo civil realice este examen de capacidad directamente y sea el quien discrimine si la persona esta apta para celebrar el contrato pretendido.

Dicha moción de los diputados Olivera, Muñoz, Ossandón, Troncoso, junto a los diputados Longton, Rey, y Urrutia están debatiendo el proyecto que modifica el Código Civil en materia de indignidad para suceder y de los requisitos para la enajenación de un inmueble, cuándo el vendedor tuviese 75 o más años de edad en las circunstancias que se indican la moción.

Este proyecto de ley se funda en las consideraciones que los adultos mayores conforme al Código Civil son plenamente capaces para disponer de su patrimonio, mientras no se declare su interdicción, por lo tanto, es dable señalar que no existen incapacidades establecidas legalmente que fundamente la discriminación a este grupo etario solo en razón de su edad, pues son plenamente capaces mientras no sea declarada su incapacidad por decreto judicial.

Lo que propone este proyecto de ley es establecer mecanismos de prevención de posibles fraudes o estafas al momento en que el adulto mayor manifiesta su voluntad de enajenar el inmueble, pues los mecanismos que utilizan los notarios en cuanto al certificado de lucidez parece ser insuficiente, este mecanismo tendrá aplicación solamente en que el bien inmueble objeto de enajenación o gravamen sea el único inmueble de propiedad de la persona que va enajenarlo, y dicha audiencia será para el solo efecto de comprobar que manifiesta su consentimiento libre e informado para realizar dicho negocio.

Al efecto, lo que se propone incorporar al artículo 1801 inciso final del código civil, según señala el artículo de Rodrigo Moretti es lo siguiente “tratándose de la venta de un bien raíz, hola si el vendedor tuviese 75 hoy o más años de edad a la época de vender dicho inmueble constituye su única propiedad raíz o su única residencia, deberá manifestar su voluntad de celebrar tal contrato ante juez civil competente de su domicilio, quien deberá citar a una audiencia dentro del quinto día hábil siguiente a la solicitud presentada por las futuras partes del contrato, con el objeto de verificar que el vendedor manifiesta su consentimiento libremente e informado. En dicha audiencia deberán participar las futuras partes del contrato y parientes del vendedor, quienes deberán ser debidamente citados. Misma regla se seguirá en caso de la

promesa de venta y en la constitución de cualquier gravamen o derecho real sobre el inmueble” (dic. 2023)

Si bien este inciso que se pretende agregar aborda materias propias del derecho sucesorio, también se pretende tutelar el respeto por la capacidad civil de goce y ejercicio de las personas de tercera edad, la protección de su patrimonio, y la protección de la fe pública que se ve involucrada en la celebración de este tipo de contratos de compraventas o derechos reales sobre bienes raíces.

Otro proyecto de ley, relacionado con el tema planteado en este ensayo, es el que “prohíbe a los notarios exigir certificados de lucidez por motivos de edad”, promovido en la cámara de diputado por los Sr. Diputados Bórquez, Cornejo, Lilayu, Romero, Sulantay, Muhlenbrock, Carter, Fuenzalida, Moreira y Labbé, el cual se pretende incorporar un inciso segundo al actual artículo 399 del código orgánico de tribunales, Que prohíba a los notarios dicho certificado u otro que acredite que la persona está en plena capacidad para celebrar actos o contratos, con el objetivo de fortalecer la inclusión social y asegurar su capacidad de ejercicio para cualquier trámite que estimen pertinentes, por lo que el inciso segundo del artículo 399 se propone de la siguiente forma: “Los notarios no podrán exigir a las personas por motivos de edad certificados u otros documentos para verificar sus facultades cognitivas o la ausencia de alteraciones psíquicas.”

Otro proyecto de ley, hoy en relación a la misma materia tratada, la motivan los senadores Ordenes, chahuan y Durán, que modifica el artículo 444 del código orgánico de tribunales con el objetivo de prohibir a conservadores y notarios que exijan certificados o documentos que acrediten el estado mental de las personas mayores para la celebración de actos o contratos.

Hoy en cuanto a la idea matriz del proyecto de ley es que quede prohibida expresamente a los notarios y conservadores cualquier certificado que acredite la lucidez, ya que pone en duda la capacidad de la persona, cometiendo un acto discriminatorio.

La fórmula dada por los senadores en razón a esto es, que se modifique el código orgánico de tribunales, reemplazando el artículo 444 que actualmente está

derogado, con relación al inciso final del artículo 443 que se refiere a las sanciones y por último el artículo 452 señala la aplicación de la normativa los conservadores. La propuesta de estos senadores hola es que el artículo 444 del código orgánico de tribunales es que se reemplace pon lo siguiente “bajo ningún pretexto, los notarios podrán exigir a las personas en razón de su edad, la acreditación del Estado mental o lucidez para la suscripción o celebración de los actos que la ley les encomienda. La contravención a dicha prohibición acarreará las penas del inciso final del artículo 443”.

En conclusión, cabe señalar, qué este la tutela contractual hacia los adultos mayores es un tema que no deja de estar exento de la problemática actual, y que por lo tanto los senadores están preocupados de regularlo expresamente, para velar por la igualdad de derechos de las personas de la tercera edad, alejándola de las inequidades sociales, y promoviendo su autonomía privada en virtud de su plena capacidad cuando no sea decretada de forma fehaciente una incapacidad o deterioro mental o cognitivo.

## **2.- De la Certificación de Lucidez Para Efectos Notariales**

### **2.1.- Carta Enviada al Diario El Mercurio de Santiago**

Recientemente, y a raíz de una carta enviada al director del diario El Mercurio de Santiago, por un ciudadano de 86 años que reclamó una supuesta discriminación porque un notario le habría solicitado un “certificado de lucidez” para poder realizar una actuación determinada; el ministro de justicia y derechos humanos, Hernán Larraín, solicitó a la Corte Suprema dictar “instrucciones generales acerca de la procedencia, condiciones o improcedencia” del mencionado certificado. La Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo ese mismo llamado, paralelamente dispuso que la “Comisión de Notarios” (dependiente de ese tribunal de alzada), también se pronunciara al respecto. Ambos encargos se encuentran, no obstante, pendientes.

## **2.2.- El Adulto Mayor Autovalente.**

Es aquella persona capaz de realizar una variedad de actividades sin que intervengan otras personas que tal vez en forma posterior pueda depender de otros. Esta persona, es quien puede realizar acciones por sí mismo, como aquellas actividades diarias, como el bañarse, lavarse los dientes, cambiarse de ropa, cocinar, comer, correr, hacer ejercicio, estas son acciones que dependen de un cierto grado de autonomía que hoy muchos adultos mayores son plenos para poder realizar

La excepción, a la que nos podemos referir es a aquellos adultos mayores discapacitados con las características que se debe a deficiencias físicas, de enfermedades crónicas o terminales, o de aquellos derechamente incapaces, como lo expresa la norma.

Así entendemos que un adulto mayor autovalente no puede jamás ser considerado un discapacitado o un incapaz legal a priori. Si, por el contrario, esa discapacidad o incapacidad le impide realizar acciones por sí mismo, por ello, es plenamente y de forma posible que tampoco pueda celebrar actos jurídicos por su cuenta.

Por lo mismo; una persona mayor autovalente no cabe dentro de incapacidades legales que están reguladas en el artículo 1447 del Código Civil chileno; ni como incapaces absolutos, ni como incapaces relativos, ni como especiales.

## **2.3.- Estado de Lucidez**

“En efecto, el término lucidez proviene del vocablo mayor ‘lúcido’, el que refiere al sujeto que se expresa con claridad (figurativo), por lo que podemos entender que si alguien es lúcido es también claro en su expresión, esto es, en su lenguaje, o con aquella expresión que emana naturalmente de sus actos o de su conducta. En consecuencia, si el sujeto se expresa de una manera clara y realiza acciones claras, es lúcido o se conduce con lucidez, lo que, en definitiva, implica tener una calidad o cualidad: la de lúcido.

Y esta definición es extraída de un diccionario ideológico (Casares, 2020). En el DRALE, la palabra lucidez significa “claro en el razonamiento, en las expresiones, en el estilo, etc.”, con lo cual se establece una conexión interna del vocablo con su uso natural o ideológico. Es decir, que tanto el término “lucidez” como el de “lúcido”, se corresponden con la idea de claridad y, finalmente, de luz. Por ende, quien se expresa con claridad, o actúa con claridad (iluminadamente), se entiende tener la calidad o cualidad de lúcido”.

### **3.- Los Auxiliares de la Administración de Justicia**

El Código Orgánico de Tribunales regula en su Título XI, doce cargos de auxiliares de la Administración de Justicia, esto son: Fiscales Judiciales; Defensores Públicos; Relatores; secretarios Judiciales; Administradores de tribunal con competencia en lo penal; Procuradores; Notarios; Conservadores; Archiveros; consejeros Técnicos y Bibliotecarios Judiciales.

#### **Los Notarios**

##### **Definición:**

Los Notarios son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorguen, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende (art. 399, COT).

##### **Regulación:**

Su regulación se encuentra en el párrafo 7º del Título XI del Código Orgánico de Tribunales (art. 399 a 445), cuyo texto definitivo fue establecido por la Ley N° 18.181 que lo sustituyó completamente.

## **Funciones de los Notarios**

Artículo 401

Son funciones de los notarios:

- 1.- Extender los instrumentos públicos con arreglo a las instrucciones que, de palabra o por escrito, les dieren las partes otorgantes;
- 2.- Levantar inventarios solemnes;
- 3.- Efectuar protestos de letras de cambio y demás documentos mercantiles;
- 4.- Notificar los traspasos de acciones y constituciones y notificaciones de prenda que se les solicitaren.
- 5.- Asistir a las juntas generales de accionistas de sociedades anónimas, para los efectos que la ley o reglamento de ellas lo exigieren;
- 6.- En general, dar fe de los hechos para que fueren requeridos y que no estuvieren encomendados a otros funcionarios;
- 7.- Guardar y conservar en riguroso orden cronológico los instrumentos que ante ellos se otorguen, en forma de precaver todo extravío y hacer fácil y expedito su examen;
- 8.- Otorgar certificados o testimonios de los actos celebrados ante ellos o protocolizados en sus registros;
- 9.- Facilitar, a cualquiera persona que lo solicite, el examen de los instrumentos públicos que ante ellos se otorguen y documentos que protocolicen;
- 10.- Autorizar las firmas que se estampen en documentos privados, sea en su presencia o cuya autenticidad conste;
- 11.- Las demás que les encomienden las leyes.

## **XII.- PREGUNTAS ACERCA DE LA PETICIÓN DEL CERTIFICADO POR PARTE DE LOS NOTARIOS**

**1.- ¿Existe norma expresa y específica que faculte al notario para solicitar a un sujeto que le demuestre que es lúcido?**

Nuestro Código Civil es del siglo XIX, expresa como incapacidad grave, la demencia. El sujeto que padece de demencia sufre de un deterioro que cada vez es más progresivo y aumenta de forma notoria en aquellas facultades mentales que

causa trastornos de conducta, como la demencia senil o el Alzheimer, patologías que afectan, por su edad avanzada a los adultos mayores. A su vez; existen incapacidades mentales menos graves, como la disipación o prodigalidad.

Si la ley no establece más que el caso del demente (en su acepción antigua o moderna), en un escenario de incapacidad legal absoluta y más aún, bajo interdicción (arts. 456 y 1447), resulta claro que no existe impedimento alguno que embarace o limite el actuar de cualquier sujeto, sea este menor de edad, adulto, o adulto mayor.

Para que ese límite sea admitido como un impedimento de capacidad, es necesario que un facultativo haya examinado al sujeto en cuestión y haya determinado que sufre de una enfermedad mental impediente. De esa manera, si la enfermedad es grave, ese informe puede dar origen a una solicitud de interdicción por demencia y a la designación de una guarda legítima que proteja básicamente los bienes y persona del enfermo mental (art. 456 del Código Civil Chileno).

## **2.- ¿Qué efectos puede producir tal declaración con respecto al acto jurídico en cuya virtud se le ha solicitado intervenir?**

Los que intervienen en actos jurídicos de relevancia jurídica, como la venta de un bien raíz, deben optar por la cautela ante episodios que puedan dar a entender conductas dispares o ajenas a una situación particular respecto de sus contrapartes. En doctrina se habla de actuar en un intervalo lúcido (art. 456), caso en el cual nuestro codificador establece derechos a favor de quienes contratan con un demente.

Por otra parte, en el DL. 407 de 1925, existía una norma que se refería a la capacidad de los contratantes en las escrituras públicas, en los siguientes términos: “Art. 18. Toda escritura pública debe ser otorgada ante notario y dos testigos, vecinos del departamento, que sepan leer y escribir y capaces de darse cuenta del acto o contrato que se celebra.

Como se puede observar el legislador de 1925 se preocupó del tema de la capacidad de las personas para darse cuenta de lo que estaban haciendo, lo cual, evidentemente, hay que entenderlo en su genuino sentido, cual es que las personas deben estar o ser lúcidas al momento de firmar una escritura pública.

Lamentablemente, esta norma no pasó al Código Orgánico de Tribunales, por lo que en la actualidad podemos sostener que la solicitud de un certificado de lucidez se encuentra reducida a una práctica notarial.

Es de toda evidencia que el notario no es un médico, y que los avances de la ciencia médica en la actualidad habilitan mejor a un facultativo para certificar una enfermedad mental, sobre todo si se trata de uno con especialidad en psiquiatría.

### **3.- ¿Qué normas pudieren servir de sostén a la solicitud de parte del notario?**

En el Código Civil existe una norma que reviste cierto interés y que se encuentra dispuesta a propósito del testamento abierto. Se trata del art. 1016 que dispone en la parte pertinente lo que sigue: “En el testamento se expresará [...] la circunstancia de hallarse [el testador] en su entero juicio [...]”.

En Derecho Canónico, el juicio es importante en varias materias, una de las cuales dice relación con el matrimonio, pues los contrayentes deben otorgar su consentimiento libre y espontáneamente, para lo cual se requiere contar con discreción de juicio que no es otra cosa que el “suficiente uso de razón” (Serrano, 1985), pero no una entelequia abstracta sino la concreción en los hechos de un comportamiento que determine el cumplimiento de los deberes conyugales.

Es decir, se refiere a si el sujeto es suficientemente capaz de cumplir con esos deberes, que, de no serlo, objetivamente hablando, el matrimonio no podrá prosperar. Es por tanto la discreción de juicio lo que mantiene las bases sobre las que el matrimonio se erige como la institución permanente que es hasta nuestros días. Es la capacidad de hacerse cargo de los efectos de consentir en el matrimonio. En palabras más simples implica tomarle el peso a las cosas (González, 1993).

Para que se dé entonces, se requiere que la persona tenga una edad determinada, la que en Chile ha alcanzado los 16 años sólo recientemente. Pero una persona de 16 años es según nuestro Código Civil un menor adulto y por lo tanto, sujeto a patria potestad (o guarda en su caso), lo que limita su accionar individual, pues serán los

padres o sus guardadores en su caso, quienes prestarán su ascenso o disenso para que ese menor adulto pueda contraer válidamente matrimonio.

Testamento y Matrimonio, parece de toda lógica que la discreción de juicio no sólo se pueda aplicar a los menores adultos (a quienes falta la madurez moral necesaria), sino también a los mayores adultos, quienes si bien no carecen de madurez moral para hacerse cargo de los efectos de un acto jurídico), se encuentran en una situación que los demás componentes del grupo social aceptan como protegible. La finalidad en ambos casos parece ser la misma: protección y no limitación (Pereña, 2018). Es decir, si los menores adultos requieren del asenso o disenso para contraer nupcias (norma protectora), el adulto mayor requerirá de protección para testar. Y a eso es a lo que se refiere el art. 1016 del Código Civil Chileno.

#### **4.- ¿Cuál es la finalidad perseguida por el notario al exigir el mentado certificado de lucidez?**

Esta protección de los adultos mayores (más que de los terceros con los cuales pueda contratar), es menester concluir que la solicitud del notario se ajusta a la finalidad de custodia de la fe pública.

Este requerimiento busca proteger y no limitar el actuar de una persona que desde los 18 años es plenamente capaz de realizar toda clase de actos jurídicos válidos, sin necesidad de la intervención de terceros o de órganos del Estado dispuestos a proteger sus derechos por ellos.

Por esto, no se trata de discriminar a las personas en razón de su edad, como se ha planteado, sino de reconocer que llegada cierta edad, es necesario preguntarse si mantenemos el mismo nivel de discreción de juicio.

## **5.- ¿Cuáles son los actos en que el notario podría solicitar la certificación de lucidez?**

La pregunta guarda consonancia con lo previsto en el art. 1016 del Código Civil chileno, ya que es claro que el notario puede solicitar el certificado cuando se trata de un testamento abierto.

No existe una norma particular en que se funde el requerimiento notarial, lo cual entendemos no es óbice para explicar su racionalidad. En efecto, si bien no existe norma expresa en nuestra legislación que permita al notario exigir un documento como el que se ha analizado en este trabajo, respecto de todos los actos (o sólo respecto de algunos), existe una regla jurídica para entender que el notario sí puede solicitar dicho documento a las personas mayores que actúen ante ellos.

## **6.- ¿Cuál es la Regla de la Analogía?**

Como señala el autor Santiago Zaráte, que se refiere a la regla de la analogía. A aquella en virtud de la cual, donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición. De esta manera, si existe una norma que obliga al notario a expresar en el testamento abierto la circunstancia de que el testador se halla en su sano juicio, ¿qué evita que se aplique la misma norma a las escrituras públicas y demás documentos en que aquello sea necesario? No vemos obstáculo alguno para pensar de esa manera, lo que es sin perjuicio de que exista una cantidad no menor de actuaciones notariales en las que claramente sea innecesario exigirlo. (2023)

## **XIII.- PETICIÓN DE CERTIFICADO DE LUCIDEZ: “UNA AGRECIÓN A LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES” (CASO REAL) INFORMACION RECOGIDA POR CARMEN GARRETÓN**

Tengo 76 años en pleno uso de mis facultades mentales. Concurro junto a mi marido, de 81 años, también en pleno uso de sus facultades mentales, a la notaría de Myriam Amigo, Huérfanos 578, Santiago Centro. Luego de revisar la escritura de la venta de un departamento y firmarla, al retirarnos una joven funcionaria nos comunica que debemos acompañar un certificado de lucidez exigido para mayores de 75 años para que nuestra firma tenga validez. Solicitamos hablar con la señora

notaria para pedirle los fundamentos legales de tal exigencia (un certificado de lucidez otorgado por un geriatra o un médico de nuestra elección). Se nos comunicó que la notaria no estaba y luego de dos horas de esperarla, nos retiramos dejando como recado que nos hicieran llegar la exigencia de dicho certificado por escrito a nuestro e-mail.

Dejamos la escritura firmada, donde se incluye que hemos recibido el total de pago (lo que no es efectivo), que entregamos materialmente la propiedad a la compradora y que de ella recibimos el monto equivalente al pie de adelanto.

Ha pasado una semana y la oficina de corredores Re/maxGo nos comunica que no se procederá al trámite de inscripción de la transferencia en el Conservador de Bienes Raíces hasta que no entreguemos sendos certificados de lucidez, por exigencia de la notaría Myriam Amigo al Scotiabank, que hace el préstamo a la compradora. A dicha señora notaria no hemos logrado conocer personalmente ni ha aceptado nuestro llamado telefónico. Hasta el momento nosotros no hemos recibido ninguna comunicación por escrito.

Hemos consultado sobre esta exigencia de certificado de lucidez, que consideramos denigratoria, con abogados y notarios amigos. Ellos coinciden que no existe ningún fundamento legal ni instrucciones de la Corte de Apelaciones que avale tal exigencia. Además, al no recibir una explicación coherente para la obligatoriedad de este certificado, hemos encontrado como argumento que es una medida de protección a los adultos mayores para evitar que personas sin escrúpulos se aprovechen de su demencia y perjudiquen a sus herederos legítimos.

El Código Civil chileno presume la capacidad de toda persona mayor de 18 años. Solo la declaración de interdicción podría destruir «la buena fe» de quien celebra actos con una persona mayor de 60, 70, 80, 90 o más años. El procedimiento de interdicción en Chile “tiene por objetivo quitar el derecho de la administración de sus bienes a una persona, porque no cuenta con las facultades mentales mínimas, designando a un curador para ejercer dicha acción”.

Con toda calma, hemos decidido no acceder a dicha exigencia y estamos dispuestos a anular la venta y levantar de inmediato la firma de la notaría de Myriam Amigo.

Como señala Garretón es que “la razón principal es que esta exigencia de lucidez, la estimamos un atentado a la dignidad de las personas mayores de 75 años, denegando su derecho elemental a decidir sobre sus bienes, no existiendo aparentes razones para impedirlo. La ley Civil de nuestro país establece con toda claridad que se requiere de una sentencia judicial, dictada por tribunal competente, que curse la interdicción frente a una prueba de que una persona no se encuentra en su sano juicio o en estado de demencia para auto determinarse”. (año 2021)

#### **XIV.- COMISIÓN DE ADULTO MAYOR Y DISCAPACIDAD COMIENZA ESTUDIO DE PROYECTO QUE PONDRÍA FIN A LA SOLICITUD DE CERTIFICADO DE LUCIDEZ**

La medida, aplicada por notarios y conservadores a personas mayores, sería, según se indicó en la Comisión, “una práctica discriminatoria por edad”.

La Comisión de Adulto Mayor y Discapacidad, presidida por el senador David Sandoval, comenzó el análisis del proyecto de ley que busca prohibir a los notarios y conservadores exigir certificados o documentos que acrediten el estado mental o lucidez de personas mayores para la celebración de actos o contratos.

A saber, el proyecto de ley integral precisa que: “los órganos del Estado y los auxiliares de la administración de justicia, salvo resolución judicial, no podrán exigir a las personas en razón de su edad, la acreditación del estado mental o lucidez para la suscripción o celebración de un acto”. (Boletín 13822-07).

## **XV.- DERECHO COMPARADO**

### **1.- Perú**

Cabe destacar que, en el sistema notarial de Perú, para celebrar actos jurídicos se requiere el certificado de salud mental a las personas de tercera edad, que no tengan el aval de una ley. Dicho certificado es emitido por un psiquiatra o médico general.

Este requerimiento se considera una práctica discriminatoria que genera una barrera social, y a la vez con una carga económica y burocrática, además de ser un atentado al ejercicio de la autonomía privada de las personas de tercera edad.

En la República del Perú las solicitudes de apoyos se tramitan de forma judicial o extrajudicial, a través del notario. Se inician por petición del adulto mayor, de forma libre y voluntaria. Así mismo se contempla el caso en que la persona que se encuentre en estado de coma y que no hubiera designado un apoyo con anterioridad y las personas con discapacidades que no pueden manifestar su voluntad puedan iniciar el trámite a través de otra persona, tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ellas y la persona que requiere apoyo.

El artículo 3 del Código Civil reconoce la capacidad jurídica de todas las personas y no considera a la edad como un factor para su extinción. Por lo tanto, cuando la notaría solicita por el solo hecho de ser persona mayor un certificado de salud mental, se está generando una barrera para el ejercicio de su autonomía.

Disposiciones Legales:

El texto vigente de los Artículos 42°, 43° del Decreto Legislativo N° 295 “Código Civil”, establece: que tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido 18 años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44, que dentro de ellos están los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, y dentro de este grupo, estarían las personas de tercera edad que padecen de alguna incapacidad mental.

Ahora bien, el siglo XXI es considerado el siglo de la revolución blanca debido al incremento demográfico de la población de las personas mayores, en tal sentido, las normas nacionales e internacionales están velando por los derechos de este grupo humano, sobre todo, aquellos que garantizan el ejercicio de la autonomía o autodeterminación.

En la práctica notarial, para que una persona mayor pueda celebrar actos jurídicos, debe primero acreditar su estado de salud mental mediante una constancia que es emitida por un psiquiatra o médico general.

El objetivo del presente artículo es generar conciencia en la labor notarial y proponer que el requerimiento del certificado de salud mental no sea la regla sino la excepción. Justificamos nuestra investigación en vista del incremento de la población de las personas mayores en el Perú, las diversas normas nacionales e internacionales que velan por su autonomía y el respeto y la valoración que merecen por haber forjado nuestro presente. Para consolidar la investigación, hemos de reflexionar sobre el contrato y la importancia que tiene para la sociedad y en especial para las personas que se encuentran en la edad propecta, para tal efecto señalaremos al contrato de alimentos; explicaremos el contenido exacto de la palabra discernimiento, autonomía y otras que son afines a la autodeterminación de las personas mayores, así también, nos pronunciaremos sobre la inaceptable relación entre personas mayores y pérdida de capacidad.

## **2.- Colombia**

Ley 1996 de 2019: Puertas Abiertas a las Personas con Discapacidad al Servicio Notarial

En Colombia antes de la Ley 1996 del año 2019, se aplicaba la interdicción judicial en que la persona era declarada con incapacidad legal para poder ejercer actos jurídicos, esta norma fue derogada por esta Ley. Hoy en día no se permite solicitar y ni es posible declarar a una persona de edad avanzada la interdicción judicial o cualquier otra condición que no tenga lucidez mental necesaria para que al celebrar actos jurídicos no puedan expresar su plena voluntad, es decir, cualquier persona, sin hacer diferencia de edad y sin importar su condición mental, son titulares de

poder celebrar actos jurídicos sin impedirseles ejecutar negocios que ellos requieran respecto a sus bienes.

Con esta Ley 1996 ya no es permitido que se declare la interdicción sin lucidez mental a ninguna persona, entre estas se encuentran las personas adulto mayor, personas con la enfermedad de alzhéimer o cualquier otra situación o condición que les impida de forma consciente poder expresar su propia voluntad. Hoy estas mismas personas, son miradas bajo la perspectiva que pueden ejercer derechos y contraer obligaciones de manera autónoma, y esta es la razón por la que los notarios públicos no pueden negar que ellos puedan celebrar actos jurídicos tanto escrituras públicas, testamentos, como poderes a ninguna persona, ya que la ley presume la capacidad legal de toda persona mayor de edad.

Pero sí, los notarios tienen la facultad de que solo deben verificar esa capacidad que tiene la persona al momento de expresar su voluntad que debe ejecutarse de forma inequívoca para que sea válida, si no logra verificar que fue de forma clara esta expresión de voluntad, es allí donde debe solicitar los certificados médicos de lucidez mental para apoyar a estas personas. Estos certificados los entrega un psicólogo o un siquiatra.

El numeral primero del artículo 35 de la ley 1996 de 2019, que derogó la interdicción judicial, expresa:

“Habrá lugar a los apoyos solo en los casos en que la persona titular del acto jurídico los solicite o, en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles y medidas de apoyo, no sea posible establecer de forma inequívoca la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico.”

En el momento que el notario determina que la persona no tiene lucidez mental, se debe abstener de otorgar los documentos solicitados y su deber es aplicar mecanismos de apoyo de la ley 1996 de 2019, estos son aquellos que reemplazaron la interdicción judicial, pero la manera de hacerlo es superando las restricciones que de cierta manera limitan los derechos de las personas para poder ejercer la voluntad deseada por aquella, con el objetivo que esta persona obtenga el apoyo y asesoría

necesarias que esta ley entrega y así pueda tomar decisiones jurídicas en el proceso. Si la persona que es titular de derechos no puede tampoco acordar para iniciar un mecanismo de apoyo, los indicados serán los familiares pero que deberán hacerlo ante un juez de familia.

Según los artículos 32 y 38 de la ley 1996 de 2019, incluso puede ser un tercero interesado quien puede dar inicio a este proceso para que se adjudique de forma judicial este apoyo. Y de esta forma el juez de familia pueda designar a las personas indicadas para que se continúe con el proceso que quería expresar la voluntad de la persona de edad avanzada.

Si se cumple con todos los requisitos y procedimientos que la ley 1996 indica para que se celebren estos actos jurídicos, se hará siempre y cuando que se hayan constituido de manera previa las medidas de apoyo mencionadas.

La ley, solo cumple con esta exigencia, pero como un requisito de forma adicional, pero por ninguna circunstancia, ni de ninguna manera limita o prohíbe que se puedan ejercer y celebrar actos jurídicos de las personas sin lucidez mental.

### **3.- Argentina**

En Argentina, el notario entre una de sus funciones esenciales para su ejercicio, adquiere mayor importancia, ya que; prácticamente realiza una evaluación de aquella aptitud pero más minuciosamente del requirente adulto mayor, mediante algunos ajustes que deben ser hechos de manera razonables para así conducirlo y facilitarle a que esa expresión de voluntad sea garantizada de pleno ejercicio de sus derechos, y no entorpeciendo o negando el acceso a ello, sino que este ente público entrega el servicio de forma correcta y más cercana, siendo este un “derecho humano” de toda persona.

El discernimiento se relaciona directamente con la capacidad mental de toda persona humana. El discernimiento “Es la aptitud de entendimiento o comprensión del acto que se pretende concretar, sus efectos y consecuencias jurídicas, personales, y la convicción de su otorgamiento”.

Este juicio de discernimiento lo lleva a cabo el notario, en el instante que realiza aquella evaluación mencionada y que se ejecuta en cada casuística, aplicando un criterio razonable que observa ante el negocio jurídico.

Este es el instante en que el notario debe profundizar asesorando, aconsejando, asistiendo y dándole mayor dedicación a una persona más que a otras, desarrollando esta función conforme a cada circunstancia personal de cada persona y las que quiso ejecutar el requirente jurídicamente. Se refiere a personas que se encuentren en alguna condición de vulnerabilidad o complicaciones en el proceso para poder tomar decisiones. Para esto el notario puede usar distintas herramientas o medios, y se formara un juicio de convicción personal, que deben contener elementos de carácter subjetivos esencialmente.

Esta evaluación que realiza el notario tiene como objetivo que el evalué esta expresión de los otorgantes, es decir, del adulto mayor para sea libre, consciente y debidamente informada.

A diferencia de otros países mencionados, aquí el notario actúa como un operador jurídico. La doctrina y la jurisprudencia en Argentina, considera “que los notarios no tienen por misión comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan”.

Por lo tanto; quien debe verificar tanto este discernimiento o aquella intención y libertad del otorgante que caracterizan aquel acto voluntario a realizar como así mismo garantizar la validez y también la eficacia del acto jurídico del negocio jurídico, es el notario público y no otro.

Ante tal condición en que la persona de edad avanzada se encuentra en condiciones que reúnan ciertas características en cuanto a su capacidad jurídica, se les da apoyo necesario del sistema público en que ofrece ciertas medidas que se les entrega mediante asistencia que recibe la persona, con discapacidad en forma conjunta con los salvaguardias, con este sistema se realiza acuerdos de apoyos que se planifican de forma previa. Estas son algunas medidas:

a) Procesos dinámicos y operativos que no impliquen control indebido, y que incluyan ajustes procesales para hacerlos accesibles a las personas con discapacidad;

- b) se realizan auditorias;
- c) se supervisa de forma periódica;
- d) se realizan visitas en sus domicilios;
- e) se llevan a cabo algunas entrevistas con aquella persona que se designó, esta es la que apoya, en conjunto con la persona adulta de edad avanzada con discapacidad y sus círculos cercanos;
- f) si es necesario, se solicita información a las instituciones públicas o privadas.

### **El Iter del Notario**

Se le ve al notario, ante esta situación como un asesor de la familia que se cuenta con su colaboración en todo este proceso, para que así la persona mayor pueda preservar sus derechos y de esta manera asegurar su dignidad y paralelamente su independencia. Esta es la intención que se busca u objetivo de proteger sus derechos de autonomía, es lo fundamental, especialmente en aquellas situaciones en que el adulto mayor es vulnerable, con aquellos bienes jurídicos como la salud la vida, la libertad, igualdad, el uso y gozo de los bienes de todo su patrimonio para resguardarlos. Esto conlleva que se organiza un régimen de protección ante la condición de una discapacidad, que esta normado en el art. 30 de la Convención Interamericana, así como también los derechos reconocidos en los principios de la ONU sobre la vejez, participación, cuidados, independencia y su dignidad.

El notario debe realizar de forma razonable aquellos ajustes necesarios, para velar por todas las situaciones de abuso, o si el adulto es indebidamente influenciado, para que se respete su voluntad, lo que prefiera este adulto mayor y de forma prioritaria en sus derechos y obligaciones. .

Se implementa esta medida de salvaguardias que impidan abuso, entreguen apoyo al adulto mayor, ante el conflicto de intereses o influencia indebida y se respete la voluntad, los derechos y las preferencias de las personas.

El rol del notario, como funcionario público, es que lo que desea someter la persona titular tengan esta relación esencial con los requisitos de validez y el fin que se quiere conseguir, por ello es observado bajo la perspectiva de apoyo institucional

cuando estos adultos mayores están ante una condición de vulnerabilidad para ejecutar actos jurídicos.

El art. 59 del CC afirma que los adultos mayores deben dar su consentimiento, libre e informado para llevarse a cabo estas investigaciones que es en pos a su salud reconociendo el derecho a ser asistidos mediante este apoyo durante todo este proceso, que en definitiva los conducirá a tomar decisiones correctas.

## **XVI.- CERTIFICADO MÉDICO DE LUCIDEZ**

Es de práctica común, entre los notarios solicitar un certificado médico que corrobore que la persona se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. En este sentido, se ha dicho que la solicitud de certificados médicos no suple la responsabilidad de realizar el juicio de capacidad por parte del notario, ni garantiza el discernimiento del otorgante al momento de celebración del acto.

En el 1° Congreso interdisciplinario sobre vulnerabilidad y derecho, la escribana Hadrowa apoyó a concluir que “La solicitud por parte del escribano de certificado médico no debe poner en tela de juicio su valoración en cuanto a la capacidad del otorgante, es un elemento más en su actuar diligente.” Al respecto entendemos que, conforme a los lineamientos que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad de la persona debe ser evaluada en especial atención al acto que se pretende otorgar, y las condiciones y circunstancias en que el mismo tiene lugar.

La apreciación que el notario haga de la persona resulta suficiente, por lo que sostenemos que el certificado médico no es necesario, y solo puede ser un elemento más al momento de la valoración. El requisito legalmente imprescindible es que el notario forme el juicio de capacidad, los medios auxiliares son facultativos y en todo caso podrían sustentar su labor, pero no suplirla.

Para otorgar un acto válido la persona no solo debe conocer lo que implica y el alcance del acto que pretende celebrar, sino también debe quererlo (voluntad). Sin ánimo de que resulte discriminatorio, los adultos mayores merecen un tratamiento especial al momento de valorar su capacidad, ajustando éste a sus particulares necesidades. Haber tomado conciencia de ellas nos da la posibilidad como sociedad de elegir qué lugar le damos a nuestros adultos mayores y en qué condiciones.

El adulto mayor es titular de derechos de la misma forma que cualquier otra persona física mayor de 18 años, pero el envejecimiento y la progresiva degradación de las funciones biológicas, incluidas las mentales, los coloca en una situación de vulnerabilidad.

La vulnerabilidad no resulta de la edad, sino de otras cuestiones, porque un adulto es en principio capaz, salvo prueba en contrario, como cualquier otra persona mayor de edad. La promoción y el respeto a la autonomía del anciano es clave en la lucha por la protección de su dignidad y contra la discriminación por razón de edad y en virtud de esto es que debemos aplicar todas las herramientas legales y las que no lo son como las escalas de valoración, que estén a nuestro alcance para poder protegerlos.

## **Jurisprudencia**

### **Primer Caso**

#### **Tribunal y Rol**

Primera instancia: 1° Juzgado de Letras de San Antonio (C-64920-2009) con fecha de Sentencia de 25 de septiembre de 2014

Segunda instancia: Corte de Apelaciones de Valparaíso (Civil-736-2015) con fecha de Sentencia de 22 de junio de 2015

Casación: Corte Suprema (10606-2015) con fecha de Sentencia de 31 de marzo de 2016

#### **Hechos:**

El demandante, demanda a un protegido de la madre. La madre del demandante falleció el día 3 de noviembre de 2008. La madre crio desde pequeño y vivió durante toda su vida con su protegido hasta su muerte, ella estando en vida, con fecha 14 y 15 de septiembre de 2005, celebró con su protegido dos contratos, en que ella cedió sus derechos, el hijo alega que estos actos jurídicos serían nulos, puesto que su madre se encontraba demente en ese momento y que padecía de demencia senil. El cuestionamiento del Tribunal, es si realmente la señora estaba demente o no, por ello demanda por nulidad absoluta.

Pero sucede que en segunda instancia la prueba que rindió el hijo en primera instancia no cumplía con ninguna de las hipótesis expresadas en el artículo 465 del código civil, la Corte confirma, por lo mismo; la sentencia de primera instancia.

Que el demandante, en cuanto a las normas en que trata de impugnar el caso en concreto, su valor de plena prueba no otorga ningún valor.

En el fallo recurrido, no existe ningún fundamento en que la ilustrísima Corte hubiera incurrido en alguna falta, por lo mismo rechazaron la acción deducida por parte del demandante, ya que el demandante no logro demostrar que su madre al contraer dichos contratos no se encontraba con privación de razón.

Se aplicaron las siguientes normas:

Artículo 6, 7, 144, 160, 170, 173, 254, 309, 313, 315, 342, 768 del Código de Procedimiento Civil; y artículos 12, 955 y siguientes, artículo 1005, 1006, 1007, artículos 1698, 1699, 1700, 1701 del Código Civil

Como resultado del juicio:

- a. Primera instancia: Fue rechazada la demanda de nulidad de contrato.
- b. Segunda instancia: Se confirma la sentencia de primera instancia.
- c. Casación en el Fondo: Se rechaza casación.

Sin voto disidente.

## **Segundo Caso**

### **Tribunal y Rol**

Primera instancia: Juzgado de Letras y Garantía de Mulchén (V-9-2012) con sentencia con fecha de 13 de agosto de 2012.

Segunda instancia: Corte de Apelaciones de Concepción (1199-2012) con fecha de Sentencia de 23 de octubre de 2012.

Acción y recursos:

Primera instancia: Solicita interdicción por demencia y que se nombre un curador.

Segunda instancia: recurso de apelación a la sentencia que rechaza la demanda.

Hechos:

Las demandantes señalan que son hijas del demandado, que tiene 97 años de edad, solicitan al Tribunal que lo declaren de interdicción por demencia senil. Alegan que el demandado celebros actos y contratos mediante escritura pública con dos de sus medios hermanos de ellas, vendiendo sus propiedades a un precio inferior al valor real del avalúo y solicitan que se le prive de la administración de sus bienes.

El demandado presenta certificados médicos en que se diagnostica que se encontraría en perfecto estado de salud, y que si es efectivo que hay deterioro en su persona, pero que es acorde a su edad y que si se encuentra en buenas condiciones de salud, a pesar de que las demandantes presentaron un informe pericial que evacuó la psiquiatría forense. El demandado expresa que no basta la edad avanzada, que no es razón suficiente para justificar la demencia.

El Tribunal en primera instancia, estima que la demanda interpuesta es infundada y que no procede, ya que el adulto mayor a pesar de su edad avanzada es una persona que se encuentra en un estado lucido, cuerda, y que tienen buen estado de salud y que solo tiene una sordera leve.

Las demandantes en segunda instancia alegan que se infringió el artículo 460 del Código Civil al no valorar la plena prueba del perito forense.

Casación:

Forma: ellas recurren porque expresan que incurre en la causal N° 5 del artículo 768 del CPC, referido al peritaje realizado y que esta prueba no fue valorada de forma adecuada.

Fondo: señala que la sentencia infringe las normas del art. 460 del Código Civil que se llevaron en el proceso y que reviste el valor de plena prueba.

Se aplicaron las siguientes normas: Art. 342, 373, 446, 447, 449, 456 y siguientes, 1712 y siguientes del Código Civil. Art. 254, 838 del Código de Procedimiento Civil

Resultado del juicio:

- a. Primera instancia: se rechaza la demanda interpuesta de interdicción por demencia.
- b. Segunda instancia: Se confirma la sentencia.
- c. Casación en el Fondo: Se rechaza la casación en la forma y en el fondo.

Voto disidente: no hay.

## **Conclusión de Jurisprudencia**

A modo de conclusión de estos dos fallos que analizamos, llegamos a concluir que la jurisprudencia de aquella incapacidad absoluta de nuestros adultos mayores, es la facultad que le pertenece a los Tribunales Superiores de Justicia, quienes son los que pueden decretar de interdicción por demencia.

A la vez; observamos como realizan su pronunciamiento sobre el artículo 1447 del código civil, de aquella interpretación entregada al momento de dictar una sentencia, y que esta interdicción de demencia es requerida en algunos casos tan solo por la edad avanzada de nuestros adultos mayores, y que aunque ellos se encuentren con un deterioro por el envejecimiento, eso no insta para que mediante un acto discriminatorio, podamos solicitar al tribunal el despojo de sus bienes y adjudicárselos a un curador para la administración de los mismos.

Para esta declaración de interdicción por demencia, se debe cumplir con algunos requisitos que expresa la ley para poder declararla, respetando tanto los principios fundamentales de la Constitución Política de la Republica como los Tratados Internacionales.

## **XVII.- PROMULGA LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES**

En su Artículo 1 expresa:

El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Esta Convención está vigente desde el año 2017.

La presente Convención, no se debe interpretar como una limitación a los derechos, porque sería contrario a Ley y contra la misma Convención de las Personas Mayores. Este tratado, en su contenido expresa varias disposiciones, con ciertas exigencias en que algunos derechos de las personas adultas mayores se están vulnerando, como:

- El derecho a no ser discriminados por edad
- El derecho a la independencia y a la autonomía
- El Derecho a la propiedad que incluye la libre disposición de sus bienes.

La Asociación de Notarios de Chile, a través de su vicepresidente, Alfredo Martín, ha señalado que “cada notario resuelve la situación según lo que observa” y que esta medida, solo la implementan para resguardar la voluntad de los adultos mayores: “aquí no estamos discriminando, estamos protegiendo la voluntad de estas personas”.

Tal pareciera que los notarios justifican esta actuación, diciendo que es una medida de protección y que deciden darse la facultad para que de esta forma puedan evitar actos jurídicos procesales en que las familias puedan interponer en su contra y ser responsables directos civilmente, ya que ellos son quienes autorizan compraventas, poderes o conformación de sociedades y que han sido engañados arriesgando su patrimonio, o favoreciendo a algún descendiente.

“Martín, da como ejemplo el caso de la ejecutiva de banco que, a pretexto de proteger a un matrimonio de ancianos, los terminó estafando y apropiándose de sus bienes. En este caso la justicia funcionó y se logró condenar a la ejecutiva, pero no es seguro que se hayan pagado las indemnizaciones de perjuicios. Pero ¿en

cuántos otros casos esto no llega a saberse ni tampoco se arriba a los estrados judiciales?”.

La Corte Suprema, no ha regulado esta exigencia y no hay y no existen criterios de procedencia o improcedencia, pero hoy en el presente esta reglamentación será susceptible de interpretación y si conlleva la petición de certificados de salud mental o lucidez vinculados a una edad, podrá considerársele Inconstitucional.

La Ley es clara y menciona, que si se trata de proteger la voluntad de las personas mayores está el trámite de la interdicción por “demencia”; y es mediante un juicio de carácter contencioso, en que las mismas familias pueden interponer una demanda si estiman que su familiar está incapacitado de administrar sus bienes por su deterioro mental y sus facultades mentales fuertemente disminuidas.

Lo relevante, es lo que el Código Civil establece para los testamentos:

- Que el notario asevere la circunstancia de estar en su sano juicio el testador;
- El notario debiera conversar a solas con quien va a realizar el negocio jurídico;
- Debe constatar que no viene engañado ni presionado por parientes o terceros extraños y que está en pleno uso de sus facultades cognitivas,
- Y, que todo esto puede señalarse en la escritura pública o el instrumento que autorice.

Solo en el caso, de que el notario, pueda observar señales en que el adulto mayor, se ve desorientado en cuanto al tiempo o espacio, con dudas y alteraciones cognitivas que sean notorias y que el adulto mayor no demuestre seguridad con el acto que desea celebrar, solo este sería el motivo para que el notario se niegue a autorizar el acto jurídico, aun si estuviera acompañado por parientes cercanos y que ellos mismos digan que si está en su sano juicio, aunque se vea lo contrario.

Ante este acto arbitrario la persona adulta mayor se ve afectada directamente, esta es la persona indicada para poder recurrir de protección ante la Corte de Apelaciones o ante un juez civil por la Ley Antidiscriminación.

## **XVIII.- ANALISIS DE LA INTERDICCIÓN EN ADULTOS MAYORES EN CHILE**

Actualmente a este tipo de discapacidad se le llama “cognitiva o psicosocial” y es una distinción relativamente nueva que se relaciona con la discapacidad mental e intelectual, que son un conjunto de condiciones que afectan el desarrollo y adaptación social de las personas. También está asociada a diferentes causas como lo puede ser algún daño cerebral, demencias o mal de Alzheimer y a adultos mayores con otras formas de disminución cognitiva debido a su edad.

A las personas mayores se les suele atribuir demencia por el solo hecho de cumplir una edad determinada, por lo tanto son víctimas delimitaciones al correr el paso de los años, muchas veces esta discapacidad suele ser inaparente, lo que impide detectarla con facilidad, y también deben luchar por combatir barreras en el ejercicio de su capacidad jurídica, pues bajo la legislación civil chilena podría causarles que se les considerara como incapaz de absoluto si se entendiera que son dementes, lo que acarrearía una declaración por parte de sus familias de interdictos por demencia.

Nuestra legislación declara que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces, como lo señala taxativamente el artículo 1446 del Código Civil, aunque la legislación en general y especial los sigue discriminando de acuerdo con su edad en cuanto hoy a la declaración de interdicción, atentando contra su dignidad y su libertad familiar.

Las normas generales respecto de la capacidad jurídica chilena son complementadas por un sistema de declaración de interdicción y regulación de las curadurías reguladas en el Código Civil que son las reglas especiales relativas a curaduría del demente, Ahora bien la corte de apelaciones de Santiago en sentencia rol 9316-15, de 5 de noviembre del año 2015, señaló que las curatelas son “*cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismo o administrar completamente sus negocios, de lo que se sigue que la intención del legislador fue proteger a estas personas de los peligros que se hallan expuestos en razón de su condición, particularmente en lo que concierne a su manejo personal y a la administración de sus bienes*”.

Ahora bien, el artículo 456 del Código Civil establece que “el adulto que se halla en un estado habitual de demencia deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos. La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa”, ante esta afirmación cabe preguntarse, si la persona tiene episodios de demencia no consecutivos estamos ante una persona que deba ser declarada interdicto, por tener lapsus de olvido, y en qué magnitud debe ser esta habitualidad que se señala en el artículo 456, también cabría preguntarnos cuál es el estándar de medición de los intervalos lúcidos y de los no lúcidos como para ser declarada interdicto.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe la pregunta, cuál sería el estándar médico para aseverar que una persona no está en sus plenas capacidades mentales para poder emitir dicho certificado, asegurando a la entidad que le es útil el documento, que dicha persona no goza de plena capacidad mental como para hacer uso de su capacidad de ejercicio.

Cabe señalar que el Plan Nacional de demencia señala que esta afectación es una condición adquirida y crónica, caracterizada por un deterioro de diversas funciones cerebrales, sin distinción de sexo, que se acompaña de síntomas cognitivos, psicológicos y cambios conductuales, ¿Pero qué tan taxativa podría ser esta afirmación?, podemos afirmar entonces con el estudio realizado que esta definición no es unívoca, pues hay muchas definiciones doctrinarias que se le da a la expresión demencia en el contexto de las normas relativas a la interdicción.

En cuanto a los procedimientos de interdicción, existen dos procedimientos judiciales que son: el juicio de interdicción contencioso de lato conocimiento, al que se refiere el Código Civil y el código de procedimiento civil, y el procedimiento voluntario de interdicción consagrado en el artículo cuarto inciso segundo de la ley número 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales, en esta última también existe un procedimiento de carácter administrativo.

Señalados los procedimientos anteriores, lo que nos convoca en este trabajo es el juicio de interdicción contencioso, pues como sociedad estamos preparados para llevar a nuestros adultos mayores a un juicio de interdicción contencioso, aunque este se considere pleno en sus capacidades mentales.

Ante esta problemática, el legislador debiera eliminar las denominaciones como demente y loco de nuestra legislación, por ser palabras demasiado intensas que van en contra de la dignidad humana, además debemos considerar que el artículo 459 inciso tercero del Código Civil es demasiado amplio, por lo cual puede dar lugar a arbitrariedades tanto del particular como del juez, permitiendo que cualquier persona solicite la interdicción, es a lo menos desproporcionado e injusto considerando las consecuencias que puede causarle a la persona que se declare en interdicción, privándola de su capacidad de ejercicio impidiendo que celebre por sí misma actos jurídicos que pueden ir en beneficio de su persona, quizás en sus últimos momentos de su vida.

Entonces con lo señalado anteriormente, podemos ver que, en nuestro sistema notarial, se están vulnerando derechos, pues la incapacidad por el solo hecho de ser mayor de 70 años no está regulado expresamente en la ley, por lo tanto, no debiesen pedir certificados acreditando la lucidez, ya que estarían creando una figura legal inexistente, que solo el legislador tiene la facultad y autonomía de regularla.

Al tenor de lo expresado podríamos hacer varias críticas a los procedimientos de interdicción por demencia, pues esta ha generado problemas tanto en la tramitación como en la ponderación judicial.

En cuanto a las cifras del Instituto Nacional de Estadísticas, la imposibilidad de saber con exactitud cuántas personas se encuentran declarados interdictos en la actualidad, pues no se sabe si las causas han sido aceptadas o no, ni tampoco se sabe si se cumplieron las formalidades posteriores.

Las normas relacionadas a la interdicción por demencia aun vulneran los derechos de los adultos mayores, al permitir la sustitución absoluta y desproporcionada de su voluntad limitándolos a ejercer el derecho a su capacidad jurídica, al debido proceso y a ser oídas.

Por otro lado, los tribunales no observan tramitaciones ni diligencias probatorias medianamente homogéneas. Pues los tribunales no sustancian en los procedimientos siempre de la misma forma, generando una falta de seguridad jurídica en el usuario.

También la ley 18.600 no contempló los trámites posteriores al procedimiento que reguló, pues en la práctica se entiende que las diligencias y formalidades que contempla el Código Civil para el ejercicio de la curaduría deben cumplirse de todas formas, en la corporación de asistencia judicial existe una fuerte corriente que plantea la necesidad de aplicar las ritualidades del antiguo sistema en cuanto a rendir fianza, practicar inventario, publicar en diario de circulación nacional inscribir en el conservador de bienes raíces, pues estos requerimientos fueron establecidos para proteger al interdicto y a los terceros respecto de los actos que este realice, por lo tanto no se cumple el objeto simplificador de la ley 18.600 pues en algunas situaciones se practican esas diligencias y formalidades y en otras no se verifica. Es posible observar la confusión que existe entre el diagnóstico técnico acerca de la discapacidad intelectual materializado frecuentemente en el certificado emitido por el profesional de la salud que corresponda, en este caso el médico, y cuál es la valoración que hace el juez que se encuentra conociendo de un juicio de interdicción, afirmación que podemos apreciar en diferentes fallos de la corte.

“Fallo de 30 de mayo: La C.S. respecto de un recurso de casación en el fondo por una mala interpretación del artículo 14 del CPC. Y que resultó que aplicaba el numeral 7, señaló que la nulidad alegada se relaciona con la falta de un requisito previsto por la ley para la validez del acto contrato en que se sustenta la obligación materia de autos. Lo que se desprende de esta situación es que la situación de inscripción en el Registro Nacional de demencia y el hecho de presentar el demandado una discapacidad severa conforme a las reglas del decreto 47 permiten una presunción grave y con precisión suficiente para formar convencimiento de que a la fecha de celebración del contrato el vendedor sufría demencia habitual, sin poder razonar acerca de la capacidad de la persona para tomar decisiones respecto de su propio patrimonio.”

“Fallo de la C.A. de Santiago: el razonamiento de esta corte en cuanto a lo previsto en la ley 18600 y en esta oportunidad de resolver la aplicación del artículo cuatro señaló que el juez no le compete constatar el cumplimiento de las exigencias legales, de forma tal que la evaluación de la capacidad de discernimiento queda asimilada o cubierta con el certificado de la discapacidad mental emitido por la

autoridad competente, sin que sea necesario ningún otro tipo de evaluación profesional.”

## **1.- El Disipador**

Nuestro código civil no define lo que es el disipador, pero la doctrina si ha dado una definición, la cual lo entiende como aquella persona que gasta su patrimonio, sin lógica alguna, en cosas malas o inútiles saliéndose de sí, con manifiesta falta de prudencia, esto es enajenándose.

Como el código no da una definición del disipador o pródigo que lo usa como sinónimo, en el artículo 445 en su inciso segundo, nos da ejemplos, señalando “el juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos...”, a lo señalado, podemos decir, que es una persona que causa un gran detrimento patrimonial sin justa causa.

Dentro de esta categoría, el código junto a los disipadores incluye también a los menores de edad y a quienes padecen demencia, según el artículo 1447.

## **2.- Interdicción por Disipación**

Para que sea procedente la interdicción en este caso, atendido a lo que señala el artículo 445 del código civil, es necesario que concurren ciertas situaciones;

- Concurrencia de dilapidación, esto es; derroche, despilfarro, dispendio, prodigalidad, malgasto, desperdicio.
- Que los hechos mencionados hayan sido repetitivos, y
- Que hagan manifiesto de una incuestionable falta de prudencia en la administración patrimonial.

Con las situaciones descritas, debe verse significativamente mermado el patrimonio, habiendo un serio y previsible riesgo futuro de que se arriesgara la economía por una conducta irresponsable por parte del que padece esta situación. Según afirma Claro Solar, que no es necesario que se produzca una merma importante del patrimonio, y que solo basta “basta que la conducta de éste

manifieste una falta total de prudencia para decretar la interdicción, precisamente antes que el disipador haya perdido la mayor parte de su patrimonio"

Por otra parte, una de las funciones de decretar la interdicción por disipación, quizá ya no sería proteger lo ya perdido, sino que, evitar que adquirido nuevos bienes, ya sea por trabajo, por donaciones, subsidios o simples liberalidades de terceros que hayan incrementado el patrimonio de esta persona, puedan verse comprometidos a perderse debido a la conducta imprudente del disipador, lo que lo lleve a quedarse incluso sin sus artículos de uso diario, personal y doméstico.

Según Alberto Lyon Puelma, la función de la sentencia que declara la interdicción de una persona por causa de prodigalidad o disipación produce tres efectos fundamentales que son según este autor;

- 1° Provocar la incapacidad del disipador,
- 2° Privar al prodigo de la administración de sus bienes y se le nombra un curador, y
- 3° Que trae como consecuencia que todos los actos o contratos del disipador posteriores al decreto de interdicción adolezcan de nulidad relativa.

### **3.- El Disipador ante las Entidades Públicas**

Ante esta problemática, podemos señalar, que en disipador es considerado incapaz cuando se declara la interdicción, como lo señala expresamente el artículo 1447 en su inciso 3° "son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo", ante tal afirmación, es importante que los terceros que eventualmente quisieran contratar con estas personas, tengan la posibilidad de poder conocer la situación jurídica en que se encuentran tales personas.

Cabe resaltar, que la disposición antes señalada dispone que "esa incapacidad no es absoluta, y que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes", entonces podemos deducir que la prodigalidad tiene como finalidad proteger a la persona y a su familia de una administración inadecuada de su patrimonio, pero claramente no afecta su libertad personal, teniendo cierta independencia económica, pues bastaría una autorización para realizar actos patrimoniales, no teniendo que ser representado. Así las cosas,

no limita entonces su libertad de contraer matrimonio, reconocer un hijo o bien realizar un testamento, pues no adolece de demencia para realizar tales actos personales en uso de su capacidad.

#### **4.- Actos ante el Registro Conservatorio con Interdicción**

Según lo dispuesto en el registro conservatorio de bienes raíces, en su artículo 52 numeral 4° de los títulos que deben y pueden inscribirse señala que “los decretos de interdicción provisoria y definitiva, el de rehabilitación del disipador y demente, el que confiera la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y el que concede el beneficio de separación de bienes según el artículo 1385 del Código Civil” , cabe dentro de los que deben ser inscritos, y lo que hace, es corroborar lo que prescribe el artículo 447 del código civil de forma imperativa y categóricamente, esto es, que deben cumplirse las medidas de publicidad que se prevén en él, dentro de la cual se encuentra la inscripción conservatoria, para que los efectos jurídicos se produzcan plenamente. Y como la publicidad que ofrece el registro inmobiliario es de naturaleza jurídico registral, no tiene por finalidad la mera difusión de algo, sino que hace plena fe de un estado jurídico que deba ser reconocido judicialmente para producir sus efectos.

Cabe señalar, que ante estas medidas de publicidad, podemos no estar de acuerdo, pues, para los efectos del tráfico jurídico de estos tiempos actuales, la publicación de avisos en el diario y la inscripción en el conservador de bienes raíces del domicilio del interdicto son medidas poco seguras y hasta ineficientes, por lo cual, debiese sin duda pasar directamente a ser inscrita en el registro civil, quedando en evidencia ya sea en el certificado de nacimiento o bien en la cédula nacional de identidad, pues esa forma de hacerla de conocimiento público sería mucho más eficiente y segura ante cualquier transacción intentada por este tipo de personas.

Ahora, si esta sentencia de declaración de interdicción por disipación no se inscribe en el conservador de bienes raíces, no producirá sus efectos frente a terceros, no será oponible a estos, y por lo tanto el contrato será válido.

## **5.- Planteamiento Procesal de la Concurrencia de la Interdicción por Disipación**

Como podemos saber, estas causas son de conocimiento de los tribunales ordinarios con jurisdicción en lo civil y se aplica el procedimiento del juicio ordinario señalado en el artículo 3 del código de procedimiento civil que señala "Se aplicara el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza"

En el caso que concurrieran las situaciones para solicitar la interdicción ya sea por demencia o disipación, no existe una forma general de solicitud para ambas, puesto que sus fundamentos, los titulares, los fundamentos y sus efectos son diversos. El problema está, en que si concurrieran la demencia y la disipación a vez, como habría de plantear este dilema al tribunal, tendríamos en consecuencia una acumulación procesal, la que podría presentarse una en subsidio de la otra, pues lo permite expresamente nuestro código de procedimiento civil en el artículo 17.

## **6.- Diferencias entre el Disipador y el Demente**

### **1º) La Interdicción Produce Diferentes Efectos**

El demente es considerado incapaz aun cuando no se haya decretado la interdicción (art. 1447 CC), por lo que sus actos anteriores al decreto de interdicción son inválidos si se prueba que los ejecutó o celebró padeciendo la demencia (art. 465 inc. 2º CC).

No sucede lo mismo con el disipador, quien sólo es incapaz, y sus actos pueden ser impugnados de nulidad, desde que ha sido puesto en entredicho de administrar sus bienes, es decir, desde el decreto judicial de interdicción (provisoria o definitiva) (art. 1447 CC).

La doctrina ha puesto de relieve esta distinción: "Existe a este respecto una notable diferencia entre el pródigo y el demente: el demente es absolutamente incapaz de obligarse por el solo hecho de estar privado de sus facultades mentales; mientras que el disipador sólo es incapaz, y relativamente, cuando se halla bajo interdicción de administrar lo suyo, según expresamente lo dispone el art. 1447".

## **2º) La Incapacidad es Distinta**

El demente tiene incapacidad absoluta, mientras que el interdicto por disipación es sólo incapaz relativo. Esto conlleva que los actos del demente son susceptibles de nulidad absoluta, no producen ni siquiera obligaciones naturales y no admiten cauciones por parte de terceros (arts. 1447 inc. 2º y 1682 inc. 2º CC).

Los actos del disipador interdicto no siempre son nulos y pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes (art. 1447 inc. 3º CC), por ejemplo, si son autorizados por su curador general. Si no se cumplen los requisitos establecidos por las leyes sus actos son nulos, pero sólo de nulidad relativa.

## **3º) Hay más Personas Habilitadas para Pedir la Interdicción del Demente que del Disipador**

En general, las mismas personas que pueden provocar la interdicción del disipador pueden también pedir la del demente, según lo establece el inc. 1º del art. 459 CC. Es decir, pueden demandarla el cónyuge no separado judicialmente, los consanguíneos hasta en el cuarto grado, el defensor público y, si el incapaz fuere extranjero, el competente funcionario diplomático o consular (arts. 443 y 444 CC). Pero a estas personas, en el caso del demente, se agrega el padre del menor demente que llega a la mayor edad (art. 457 CC), el tutor del demente que llega a la pubertad (art. 458 CC) y el curador del menor adulto al que sobreviene demencia (arts. 458 inc. 2º y 459 inc. 2º CC). Además, la acción corresponde al procurador de la ciudad o a cualquier persona del pueblo "si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes" (art. 459 inc. 3º CC).

## **4º) Las Personas Llamadas a Ejercer la Guarda son Diferentes**

Las personas designadas para la curaduría del disipador son establecidas por la ley y, a falta de ellas, por el juez (la guarda es legítima o dativa: art. 442 inc. 1º CC). Sólo si el padre o madre ejerce la curaduría de un hijo ya declarado disipador, puede nombrar por testamento la persona llamada a sucederle en la guarda (arts. 442 inc. 2º y 451 CC).

En cambio, la guarda del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa (art. 456 inc. 2º CC).

Los llamados por la ley (guarda legítima) a ejercer la curatela son distintos. A la guarda del disipador son llamados en primer lugar los ascendientes, luego los hermanos y finalmente otros colaterales hasta en el cuarto grado (art. 448 CC).

En cambio, a la curaduría del demente es llamado en primer lugar el cónyuge, luego sus descendientes, más tarde sus ascendientes, en cuarto lugar, los hermanos, y finalmente los colaterales hasta en el cuarto grado.

Como se ve, la ley no considera conveniente otorgar la curaduría legítima del disipador ni al cónyuge ni a los hijos o descendientes. Es más, el marido o mujer ni siquiera puede ser nombrado judicialmente, ya que la ley prohíbe que un cónyuge sea curador del otro declarado disipador (art. 450 CC).

#### **5º) La Demencia y la Prodigalidad se Prueban de Distinta Manera**

La demencia debe ser probada en el juicio de interdicción por informes sobre la vida anterior y la conducta habitual del supuesto demente. Además, de manera obligatoria, el juez debe decretar informes periciales médicos sobre la demencia y su naturaleza: "oirá el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia" (art. 460 CC).

Para la interdicción del pródigo no se requiere dictamen de facultativos y basta que se acrediten hechos repetidos de dilapidación que demuestren una falta total de prudencia (art. 445 CC).

#### **6º) El Disipador Conserva Cierta Autonomía Incluso Patrimonial**

La ley prevé que, por regla general, el disipador tenga disponible una suma para gastos personales que puede administrar con independencia del curador: "tendrá para sus gastos personales la libre disposición de una suma de dinero, proporcionada a sus facultades, y señalada por el juez" (art. 453 inc. 1º CC). Sólo "en casos extremos" el juez puede autorizar al curador a negarle esta independencia y a proveer él mismo a la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios (es decir, sin darle dinero). Esta independencia no es concedida al demente.

Del mismo modo, la ley le otorga al disipador el derecho para solicitar la intervención del ministerio público cuando estime que los actos del curador "le fueren vejatorios o perjudiciales" (art. 452 CC). Tampoco tiene esta facultad el demente.

### **7º) El Disipador no ve Restringida su Libertad Personal**

El Código Civil dispone que "el disipador conservará siempre su libertad" (art. 453 inc. 1º CC).

Para el demente, en cambio, la libertad personal es una regla general, pero con excepciones "en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros" (art. 466 inc. 1º CC). Para ser recluido se necesita autorización judicial, salvo que se lo haga momentáneamente y mientras se obtiene dicha autorización (art. 466 inc. 2º CC) o, al menos, una resolución administrativa emanada de las autoridades de salud (art. 131 Código sanitario).

### **8º) El Disipador Tiene una Mayor Autonomía Jurídica**

El demente tiene una capacidad jurídica mucho más restringida que la del disipador. Así, por ejemplo, el interdicto por demencia no puede ejercer el derecho a sufragio (art. 16 N° 1 de la Constitución), no puede otorgar testamento (art. 1005 N° 3 CC) ni ser testigo en uno de ellos (art. 1012 N° 3 CC) o en un matrimonio (art. 16 N° 2 LMC), ni tampoco repudiar el reconocimiento de hijo, sino a través de su curador y con autorización judicial (art. 191 inc. 2º CC) ni demandar el divorcio sino por medio de su representante legal (art. 58 LMC).

Por otra parte, la demencia (sin interdicción) produce efectos, además de la imposibilidad de otorgar testamento (art. 1005 N° 4 CC) y de ser testigo en él (art. 1012 N° 2 CC); la privación del derecho a asentir en el matrimonio del hijo (art. 109 inc. 1º CC); la incapacidad para ser guardador (art. 497 N° 3 CC); la incapacidad para adquirir por su voluntad la posesión (art. 723 inc. 2º CC) y la incapacidad para contraer matrimonio (art. 5 N° 3 LMC).

Ninguna de estas inhabilidades se aplica al disipador interdicto. Incluso en ocasiones la ley expresamente faculta al disipador para actuar por sí mismo: por ejemplo, para repudiar el reconocimiento como hijo (art. 191 inc. 3º CC) o para demandar el divorcio (art. 58 LMC).

## **XIX.- CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Respecto del tema expuesto, en que las personas mayores adultas son vulneradas y afectadas en sus derechos para celebrar actos jurídicos en las notarías y en el conservador de bienes raíces, mediante esta exigencia de los funcionarios públicos quienes solicitan un certificado de lucidez, para medir su estado mental, podemos concluir que esta es una práctica no regulada por la ley, ya que hasta la actualidad no existe norma expresa dentro de un cuerpo legal en nuestro ordenamiento jurídico chileno que señale que el notario deba exigir este certificado de lucidez o que es un requisito para que estas personas puedan ejercer sus derechos, sino más bien está es una facultad que estos entes públicos se toman sin ninguna atribución.

Se desprende de la afirmación anterior, que el órgano legislativo, ante esta situación y como se vio en el apartado de la tutela contractual del adulto mayor, ha propuesto mociones para prohibir esta facultad de solicitar dicho certificado de lucidez, que pasa por ser una mera liberalidad de las entidades públicas, por ser atentatorio contra la dignidad de las personas de tercera edad.

Por esta misma situación, los adultos mayores se sienten desprotegidos por el Derecho, ya que en vez de brindarles un mayor respaldo y seguridad jurídica, mediante la creación de normas legales que en pro de ayudarlos a protegerlos más bien de las constantes estafas o engaños por parte de terceros o familiares que se aprovechan de su condición de adulto mayor, se les otorga la administración de su patrimonio, ya que estos mismos son los que los obligan a realizar actos jurídicos distintos a su voluntad, aprovechándose de su edad avanzada y estos actos nos hacen recordar que en Chile, el envejecimiento que existe en nuestra sociedad, se asimila a una etapa de deterioro y pérdida de capacidades, es por esta razón que se construye una imagen estereotipada respecto nuestros adultos mayores, y que los notarios al solicitar ese certificado, buscan estigmatizarlos discriminándolos tan solo por su edad, que aunque tengan un deterioro en su estado físico siendo esto es a causa de la edad misma, no significa que tengan un estado mental en desventaja.

Cabe recalcar, que, si comparamos un interdicto por demencia con un interdicto por disipación, el disipador tiene mayores privilegios a pesar de contar con un decreto

de interdicción dictado por un juez. Ya que; aun los disipadores estando en interdicción pueden celebrar ciertos actos jurídicos a diferencia de nuestros adultos mayores que en su mayoría si tienen capacidad y sin encontrarse en un deterioro mental, no se les es permitido poder ejercer sus derechos dentro del marco de la ley, haciéndolos sentir en desmedro tan solo por su edad.

Debemos señalar que la regulación normativa en nuestro código civil, respecto al principio de la autonomía de la voluntad de los adultos mayores, es insuficiente ya que no cumple con los requerimientos actuales que necesitan estas personas dentro de nuestra sociedad, careciendo de protección civil de forma efectiva que resguarde tanto su autonomía como su capacidad jurídica para celebrar actos y contratos que ellos estimen conveniente, y que puedan ejercer sus derechos sin discriminación alguna, o hacerles pensar que tan solo por ser mayores implica que no están aptos, porque es una cosa el que pueda perder de manera progresiva su capacidad de autodeterminación, pero es muy distinto que por esta situación pierdan también sus derechos de los que son titulares, que todos poseemos tan solo por el hecho de ser personas.

Romero indica de forma clara que “la discriminación a los adultos mayores, en un futuro cercano, no solo tendrá repercusiones poblacionales, también económicas, sociales y culturales. La situación de exclusión a los adultos mayores tendría que ser considerada más que preocupante, no solo por el Estado, también por la sociedad en general, dado que todo individuo, sin distinción habrá de envejecer, si sus condiciones de salud y circunstancias de vida lo permiten y demandar servicios y condiciones favorables para su existencia” (2005. Pág. 57).

De acuerdo a estas palabras del autor, podemos mencionar que, en un futuro no muy lejano, serán nuestros propios adultos mayores, quienes exigirán esta protección a sus derechos pidiendo ser resguardados civilmente y no solo en este aspecto, sino que en todos aquellos casos en que el derecho los ha desprotegido, si es que no se regula definitiva y expresamente esta problemática.

Es de mayor relevancia recalcar que Chile ha suscrito y ratificado la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, la que establece, en su artículo 7º, “el derecho de la persona mayor a tomar

decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos”.

Por lo tanto; es de esperarse que los órganos públicos puedan actuar estableciendo mecanismos y a la vez, entregando la debida protección a las personas de edad avanzada, resguardando tanto su dignidad; como su autonomía; su voluntad y su capacidad y por sobre todo prohibir que no se mantengan medidas aisladas, arbitrarias y discriminatorias como es la exigencia de este certificado de “lucidez” impidiéndoles poder ejercer sus derechos como cualquier persona.

Para terminar, queremos mencionar una frase del autor Pablo Picasso:

*“Cuando me dicen que soy demasiado viejo para hacer una cosa, procuro hacerla enseguida”*

## REFERENCIAS

Carlos Antonio Agurto Gonzáles, María-Pía Guadalupe Díaz, (pág. 240)

[file:///C:/Users/yenni/Downloads/DialnetCapacidadJuridicaElHistoricoProblemaDeUnaCategoria-6859397%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/yenni/Downloads/DialnetCapacidadJuridicaElHistoricoProblemaDeUnaCategoria-6859397%20(2).pdf)

Grossi, Paolo, El novecientos jurídico: un siglo posmoderno, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 65.

Carbonnier, Jean, Droit Civil, tome premier: Introduction à l'étude du Droit et Droit civil, sixième édition refondue, Presses Universitaires de France, París, 1965, p. 636.

Código Civil, vigésima quinta edición oficial, año 2019.

La declaración Universal de los Derechos Humanos.

Barcía Rodrigo. Revista Chilena de derecho privado, N° 23, pág. 3, diciembre del 2014.

CIDH, Derechos humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 397/22, pag. 62, 31 de diciembre de 2022 [https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/PersonasMayores\\_ES.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/PersonasMayores_ES.pdf)

ONU. Asamblea General, Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, A/CONF.197/9, 12 de abril de 2002.

[https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/PersonasMayores\\_ES.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/PersonasMayores_ES.pdf)

Marín (1996), pág. 58.

Fuente: El Mostrador. Disponible en:

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=DOCASEEXTERNA&prmlId=1980>

Santiago Zárate, Diario El Mercurio de Santiago , (Santiago, 28 diciembre 2021).

<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/de-la-certificacion-de-lucidez-para-efectos-notariales/>

Carmen Garretón Merino, 10.03.2021, Rodrigo Vera Godoy,  
<https://www.ciperchile.cl/2021/03/10/peticion-de-certificado-de-lucidez-una-agresion-a-la-dignidad-de-las-personas-mayores/>

Moretti Rodrigo, diario constitucional, 13 de diciembre del 2023.  
<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-tutela-contractual-del-adulto-mayor/>

10 de septiembre de 2023, Vea moción, discusión y análisis Boletín N°14711-07  
[https://leyes-cl.com/codigo\\_organico\\_de\\_tribunales/401.htm](https://leyes-cl.com/codigo_organico_de_tribunales/401.htm)

Alfaro, Y., Pereira, J. y Puentes, A. (2021). Protección jurídica de las personas mayores Aspectos personales y patrimoniales Retos del derecho civil ante el envejecimiento de la población. Editorial Leyer.

Aquilla Fonseca, P. A. (2021). Capacidad jurídica de las personas con discapacidad relacionada con los actos y contratos notariales. [Maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. Archivo Digital.  
<http://201.159.223.180/bitstream/3317/16795/1/T-UCSG-POS-DDNR-55.pdf>

Bariffi, F.J. (2014). El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos [Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. Archivo digital.  
[https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as\\_sdt=0%2C5&q=El+r%C3%A9gimen+jur%C3%ADdico+internacional+de+la+capacidad+jur%C3%ADdica+de+las+personas+con+discapacidad+&btnG=](https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=El+r%C3%A9gimen+jur%C3%ADdico+internacional+de+la+capacidad+jur%C3%ADdica+de+las+personas+con+discapacidad+&btnG=)

[https://www.cnnchile.com/pais/certificado-de-lucidez-notaria-adultos-mayores-gloria-ortiz-asociacion-notarios\\_20211110/](https://www.cnnchile.com/pais/certificado-de-lucidez-notaria-adultos-mayores-gloria-ortiz-asociacion-notarios_20211110/)

Aquilla Fonseca, P. A. (2021). Capacidad jurídica de las personas con discapacidad relacionada con los actos y contratos notariales. [Maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. Archivo Digital.  
<http://201.159.223.180/bitstream/3317/16795/1/T-UCSG-POS-DDNR-55.pdf>

Moción parlamentaria del artículo 399 COT “PROHIBE A LOS NOTARIOS EXIGIR CERTIFICADOS DE LUCIDEZ POR MOTIVOS DE EDAD”

[file:///C:/Users/yenni/OneDrive/Desktop/prohibicion%20cert.%20lucidez%20camara%20de%20di-putados\[1\].pdf](file:///C:/Users/yenni/OneDrive/Desktop/prohibicion%20cert.%20lucidez%20camara%20de%20di-putados[1].pdf)

[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722022000100009](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722022000100009)

<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/de-la-certificacion-de-lucidez-para-efectos-notariales/>

<https://www.ciperchile.cl/2021/03/10/peticion-de-certificado-de-lucidez-una-agresion-a-la-dignidad-de-las-personas-mayores/>

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=DOCASEEXTERNA&prmId=1980>

<file:///C:/Users/Jessi/Downloads/Dialnet-LaAutodeterminacionEnLaTerceraEdad-8074493.pdf>

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23018/Articulo%20de%20Investigaci%C3%B3n%20-%20Ley%201996%20de%202019%20Puertas%20Abiertas%20a%20las%20Personas%20con%20Discapacidad%20al%20Servicio%20Notarial.pdf?sequence=2>

\*”ART. 12 CDPD: MEDIDAS DE APOYO Y DE SALVAGUARDIA. PROPUESTAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ARGENTINO” Juan Pablo Olmo y Julio A. Martínez Alcorta Dirección General de Tutores y Curadores Públicos de la Defensoría General de la Nación Ministerio Público, Argentina COMISIÓN II: SISTEMA DE APOYO PARA LA TOMA DE DECISIONES.

<https://de-declaración-de-incapacidad-del-Sr.-F.-H.-aldiaargentina.microjuris.com/2021/01/19/fallos-capacidad-juridicareevaluacion-interdisciplinaria-una-vez-finalizada-la-pandemia-de-la-restriccion-a-lacapacidad-dispuesta-a-quien-padece-un-cuadro-compatible-con-trastorno-psicotico>